

Poszukując modelu sprawiedliwości
proceduralnej w prawie wspólnotowym.
Mit czy rzeczywistość?*

Searching for a model of procedural
justice in Community law.
Myth or reality?***

* Opracowanie jest pokłosiem badań prowadzonych przez Autora w Bibliotece Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego we Florencji w 2007 r. w ramach programu „Summer Fellowship” w oparciu o grant Centrum Europejskiego Natolin.

** The paper has been based on the research conducted by the Author in the Library of the European University Institute in Florence in 2007 within the project „*Summer Fellowship*” sponsored by the European Centre Natolin.

© CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN

redakcja w języku polskim

ELŻBIETA NOWICKA-ROŻEK

*redakcja w języku angielskim
i tłumaczenie na język polski*

JAROSŁAW BRZEZIŃSKI

skład i druk

NAJ-COMP, UL. MINERSKA 1 · 04-506 WARSZAWA

projekt graficzny

WOJCIECH SOBOLEWSKI

wydawca / published by

CENTRUM EUROPEJSKIE NATOLIN,

UL. NOWOURSYNOWSKA 84 · 02-797 WARSZAWA

TEL. 022 545 98 00 · FAX 022 649 12 99

FUNDACJA@NATOLIN.EDU.PL · WWW.NATOLIN.EDU.PL

ISSN 1732-0445

WARSZAWA 2009

TOMASZ TADEUSZ KONCEWICZ

Poszukując modelu sprawiedliwości
proceduralnej w prawie wspólnotowym.
Mit czy rzeczywistość?



Searching for a model of procedural
justice in Community law.
Myth or reality?



Spis treści

WSTĘP

<i>Procedury. Wokół idei, wartości i zasad</i>	9
--	---

ROZDZIAŁ PIERWSZY

<i>Perspektywa jednostki. Prawa podmiotowe</i>	24
--	----

1. Idea humanitaryzmu i jednostka	24
2. Jednostka w Unii Europejskiej	25
2.1. Prawa i podejście oparte na prawach (<i>rights-based approach</i>) jako uzasadnienie sprawiedliwości proceduralnej	25
2.2. Od „czujnej jednostki” do „czujnego obywatela”	28
2.3. Środki ochrony prawnej	30
3. Procedura jako kontinuum	31
3.1. Koncepcja <i>chain novel</i> i jej znaczenie dla procedury	31
3.2. Proceduralny sędzia Herkules. Idealny sędzia dla modelu sprawiedliwości proceduralnej?	34
4. Pojęcie sędziego w prawie wspólnotowym	40
4.1. Dwupoziomowy system ochrony prawnej	40
4.2. Koncepcja „dobrego sędziego”	41
4.3. Sędzia widziany oczyma jednostek. Ideał w praktyce	42

ROZDZIAŁ DRUGI

<i>Procedury w prawie wspólnotowym. Badanie wpływu</i>	62
--	----

1. Proceduralizacja prawa wspólnotowego. Założenia wstępne	62
2. Na czym polega znaczenie procedur w prawie wspólnotowym. Studium przypadku	66
2.1. Poziom wspólnotowy. Sprawa C-2/88, <i>IMM Zwartveld</i> : autonomiczna procedura dostępu sędziów krajowych do Trybunału Sprawiedliwości	66
2.2. Poziom krajowy. Między proceduralną dostępnością a proceduralną zawartością	71
2.2.1. Wprowadzenie	71
2.2.2. Dostęp do procedury sądowej	75

ROZDZIAŁ TRZECI

Sprawiedliwość proceduralna w prawie wspólnotowym.

Rekonstrukcja modelu	79
1. Punkt wyjścia: koncepcja sprawiedliwego procesu (<i>due proces of law</i>)	79
2. Podstawy teoretyczne. Sprawiedliwość proceduralna jako koncepcja ewoluująca	82
3. W poszukiwaniu modelu sprawiedliwego procesu w prawie wspólnotowym	87
3.1. Dostępność procedury w kompletnym systemie procedur	88
3.2. Kwestia jakości procedury	91
3.3. O prawach i gwarancjach proceduralnych	94

ROZDZIAŁ CZWARTY

Sprawiedliwość proceduralna w prawie wspólnotowym.

Model w praktyce: rzecznik generalny w Trybunale Sprawiedliwości

- proceduralny sojusznik czy adwersarz?	99
1. Rzecznik generalny i sprawiedliwość proceduralna	99
1.1. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ...	101
1.2. Trybunał Sprawiedliwości: czy przekaz ze Strasburga został odebrany i zrozumiany?	104
2. Rzecznik generalny w Trybunale Sprawiedliwości: sprawiedliwość proceduralna w kryzysie?	107

PODSUMOWANIE

Prawo do sprawiedliwej procedury? Wspólnotowe prawo fundamentalne. W stronę godnościowej koncepcji procedury

w prawie wspólnotowym	117
1. Rewolucje proceduralne. O głosie, uczestnictwie i wartościach ...	117
2. Jaka sprawiedliwość proceduralna w prawie wspólnotowym? ...	124
O Autorze	134

Table of contents

INTRODUCTION

<i>Procedures. Between ideas, values and principles</i>	135
---	-----

CHAPTER ONE

<i>Perspective of an individual. Subjective rights</i>	149
--	-----

1. Idea of humanity and individual	149
--	-----

2. Individual in the European Union	150
---	-----

2.1. Rights and rights-based approach as a rationale for procedural justice	150
--	-----

2.2. From a “vigilant individual” to a “vigilant citizen”	153
---	-----

2.3. Remedies	155
---------------------	-----

3. Procedure as continuity	156
----------------------------------	-----

3.1. Concept of “ <i>chain novel</i> ” and its relevance for procedure	156
---	-----

3.2. Procedural Judge Hercules. Ideal judge for procedural justice model?	158
--	-----

4. Notion of a judge in Community law	164
---	-----

4.1. Two layered system of legal protection	164
---	-----

4.2. Concept of a “good judge”	165
--------------------------------------	-----

4.3. Judge as seen through individuals’ eyes. Ideal applied	166
---	-----

CHAPTER TWO

<i>Procedures in Community law. Impact study</i>	185
--	-----

1. Proceduralization of Community law. Preliminaries	185
--	-----

2. How do procedures matter in Community law? Case study	189
--	-----

2.1. Community level. Case C - 2/88, <i>IMM Zwartveld</i> : autonomous procedure for access by national judges to the Court of Justice	189
--	-----

2.2. National level. Between procedural availability and procedural content	193
--	-----

2.2.1. Introduction	193
---------------------------	-----

2.2.2. Access to judicial proceedings	197
---	-----

CHAPTER THREE

<i>Procedural justice in Community law. Idea reconstructed</i>	201
1. Point of departure: notion of due process of law	201
2. Theoretical foundations. Procedural justice as an evolving concept	204
3. Searching for model of just procedure in Community law	209
3.1. Accessibility of procedure in a complete system of procedures	210
3.2. Question of quality of procedure	212
3.3. Of procedural rights and guarantees	214

CHAPTER FOUR

<i>Procedural justice in Community law. Model applied: Advocate General in the Court of Justice: procedural friend or foe?</i>	220
1. Advocate General and procedural justice	220
1.1. Relevant case law of the European Court of Human Rights	222
1.2. The Court of Justice: message from Strasbourg received and understood?	224
2. Advocate General in the Court of Justice: procedural justice under strain?	227

RECAPITULATION

<i>Right to just procedure? Community fundamental right. Towards dignitary concept of a procedure in Community law</i>	236
1. Procedural revolutions. Of voice, participation and values	236
2. What kind of procedural justice for Community law?	242
<i>On the Author</i>	252

„To procedura pozwala odróżnić rządy wyznaczone przez prawo od rządów kaprysu lub zachcianki”¹

WSTĘP

Procedury. Wokół idei, wartości i zasad

Świat, w którym żyjemy, staje się coraz mniejszy. To spostrzeżenie można równie dobrze odnieść do świata prawnego, który można scharakteryzować terminem „współzależność prawna”. Stale rośnie liczba aktów prawnych, sądów, a orzecznictwo staje się coraz bardziej zróżnicowane i skomplikowane². Osoby występujące z roszczeniami do sądów zakładają, że ich problemy mogą być i będą rozwiązane przez neutralnych, kompetentnych i niezawisłych sędziów. Rezultatem są „judycjalizacja” i „jurydyfikacja”. Oznaczają one, że stale wzrastający system prawny wymaga wykładni sądowej, aby sprostać rosnącym oczekiwaniom stron zaangażowanych w spór. Podobnie w zglobalizowanym i złożonym świecie rosną nasze oczekiwania wobec sędziów. Gdy politycy zawodzą i rozczarowują, jednostki zwracają się ku bezstronnym, obiektywnym i skutecznym procedurom oraz otwartym, twórczym sędziom, zapewniającym, że sprawiedliwość jest

¹ Sędzia J. DOUGLAS w sprawie *Wisconsin v Constantineau*, 400 U.S. 433, 436 (1971).

² Szerzej na temat fenomenu proliferacji sądów zob. R. HIGGINS, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, 55 (2006) *International Comparative Law Quarterly* 791 oraz N. LAVRANOS, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part I*, (2005) *European Environmental Law Review* 213, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part II*, (2005) *European Environmental Law Review* 240, *The MOX Plant Judgment of the ECJ: How exclusive is the jurisdiction of the ECJ?*, (2006) *European Environmental Law Review* 291, *Protecting Its exclusive Jurisdiction: The Mox Plant-judgment of the ECJ*, (2006) *Law and Practice of International Tribunals* 479.

rzeczywiście wymierzana³. W obecnych czasach nie tylko politycy, ale również sędziowie mają swoją obietnicę do spełnienia. Jest nią nie tylko zapewnienie, że strona poszkodowana uzyska sprawiedliwe rozstrzygnięcie w sądzie, ale ponadto przekonanie także strony przegrywającej, że proces prowadzono z należytą starannością, a prawa stron do przedstawienia swoich argumentów były respektowane. Ten symboliczny akt zaufania i wiary czyni z sędziów „strażników obietnic”⁴. Dlatego też rola prawników, prawa i procedur musi odpowiednio ewoluować, w poszukiwaniu wspólnego mianownika łączącego różne fora i stanowiska.

Powyższe uwagi odnoszą się do szczególnej relewantności i zachowują ją w kontekście integracji europejskiej, której zasięg stale się rozszerza. Mamy coraz więcej aktów prawnych, przepisów, kompetencji i procedur⁵. Wymaga to zmiany naszego dotychczasowego sposobu myślenia. Zamiast mówienia o „ich prawie” czy „ich sędziach”, powinniśmy mówić o „naszym wspólnym prawie” i „naszych sędziach”. Kultura prawna dzisiejszej Europy opiera się na dzieleniu wspólnych tradycji konstytucyjnych i jak najlepszym wykorzystaniu policentrycznego systemu prawa, któremu wszyscy podlegamy. Musimy być gotowi na zaangażowanie się, otwarcie na nowe doświadczenia oraz czerpanie z nich, tak aby integracja europejska dawała nam jak najwięcej. Głęboka i szcze-

³ Różne podejścia i perspektywy zob. s. s. WIENER, *Dictionary of Selected Pivotal Ideas. Volume I Despotism to Common Law and Volume III Concept of Law to Protest Movements*, (Charles Scribner's Sons), w. SADURSKI, (red.), *Justice*, (Ashgate, Dartmouth), o. HÖFFE, *Political Justice. Foundations for a Critical Philosophy of Law and the State*, (Polity Press), s. RICŒUR, *Le Juste*, (Éditions Esprit, 1995), N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, (D. Reidel Publishing House Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1986), J. N. SHKLAR, *The Faces of Injustice*, (Yale University Press, New Haven and London).

⁴ Termin zaczerpnięty z A. GARAPON, *Le Gardien de promesses—justice et démocratie*, (Odile Jacob, Paris, 1996).

⁵ Szczegółowa analiza znajduje się w A. I. G. IBANEZ, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, (Hart Publishing, Oxford - Portland, 1999).

gólowa analiza funkcji sędziów, nie tylko stosujących prawo, ale również wymierzających sprawiedliwość przez duże „S”, połączona z rosnącym znaczeniem procedur, jest niezbędna (zwłaszcza w Polsce) do przemyślenia modelu sądownictwa i sądowego stosowania prawa, tak aby sprostać oczekiwaniom tych, którzy powołują się na prawo wspólnotowe.

Wskazane wyżej procesy jurydyfikacji i emancypacji władzy sądowej mają głęboki, „liberalizujący” wpływ na procedury⁶. Poprzez procedury (proces)⁷ następuje dystrybucja ciężarów i korzyści. Zgodnie z klasycznym podejściem każda procedura zna „zwycięzców” i „przegranych”. Procesem alokacji ciężarów/korzyści rządzą pewne zasady wynikające ze stosowanego i przeważającego modelu sprawiedliwości dystrybucyjnej⁸. Powstaje jednak pytanie, czy procedury powinny się postrzegać jedynie jako środek do osiągnięcia sprawiedliwej alokacji dóbr, korzyści, ciężarów, czy też sprawiedliwego wymierzania kar? Odpowiedź na to pytanie nie jest prosta. W pierwszym rzędzie możemy skoncentrować uwagę na odpowiednim ukształtowaniu procedury w celu osiągnięcia najbardziej możliwego sprawiedliwego podziału. Ogólnie rzecz ujmując, można rozróżnić w tej materii dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym dystrybucja jest sprawiedliwa, jeśli jest realizowana zgodnie z kryterium pozaproceduralnym⁹. Wedle tego podejścia procedura jest traktowana jedynie jako instrument ułatwiający dokonanie sprawiedliwej alokacji, nie zawsze jednak prowadząc do osiągnięcia takiego pożądanego stanu rzeczy. Sprawiedliwy rezultat ma płynąć z kryterium pomyślanego jako sprzyjające sprawiedliwości¹⁰. H. Kelsen - zadając zaskakujące w swojej

⁶ T. KOOPMANS, *Judicial activism and procedural law*, (1993) 1 *European Review of Private Law* 67, s. 70.

⁷ Terminy „procedura” i „proces” są używane zamiennie.

⁸ Wyczerpująco na ten temat zob. z. ZIEMBIŃSKI, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, (Daimonion, Instytut Wydawniczy, Lublin, 1992), s. 91.

⁹ Więcej z. ZIEMBIŃSKI, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, (Daimonion, Lublin, 1992).

¹⁰ Ten rodzaj sprawiedliwości opisywany jest za pomocą różnorodnych terminów, m.in. sprawiedliwość materialna, wynikowa lub zorientowana na rezultat.

prostocie pytanie, „czym jest sprawiedliwość”¹¹ - miał właśnie na myśli kryteria inne niż sama procedura.

Punkt wyjścia mojej analizy jest jednak inny, *par excellence* proceduralny. Aby docenić znaczenie procedur, musimy traktować je jako coś więcej niż proste dopełnienie prawa podmiotowego. Powinniśmy raczej rozważyć przejście od stanowiska wyznaczonego przez *ubi ius ibi remedium* na pozycję *ubi remedium ibi ius*, gdzie termin *remedium* jest rozumiany szeroko i obejmuje również procedury¹². Perspektywa proceduralna dominująca w poniższej analizie wyraża się przyjęciem założenia o procedurze jako autonomicznym źródle sprawiedliwych orzeczeń. W takiej procedurze nie występuje podział na zwycięzców uzyskujących materialne korzyści i przegranych, obarczonych nowymi ciężarami. Sprawiedliwe procedury generują tylko zwycięzców, ponieważ korzyści dla stron zawarte są w samym respektowaniu procedury, możliwości przedstawienia swojego stanowiska, partycypacji, równym dostępie do sądu itd. Aby jednak docenić nową perspektywę postrzegania proceduralnego rozdziału kosztów i obciążeń, musimy zrozumieć proces „proceduralizacji” (rosnącej roli procedur), ich konstytucjonalizacji¹³ oraz emancypacji spod sztywnej klasycznej relacji prawa podmiotowe - procedury¹⁴. Proces, którego jesteśmy świadkami, polega na zmianie podejścia „od praw do procedur”, na stanowisko zakładające dochodzenie do „praw poprzez procedury”¹⁵. Procedury zaczynają być

¹¹ H. Kelsen, *What is Justice?*, (Berkeley, University of California Press, 1971), s. 24.

¹² Terminologia została omówiona w dalszej części pracy.

¹³ Zgodnie z określeniem M. CAPPELLETTIEGO, *Trends of procedural justice in Contemporary Europe, Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, (Frankfurt am Main, 1988).

¹⁴ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, (1998) 3 *Revue du droit public* 659 i jego niedawna praca *L'État post-moderne*, (LGDJ, 2003).

¹⁵ W szczególności R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, (1994) oraz *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, (Clarendon Press, Oxford, 1989).

oceniane jako sprawiedliwe niezależnie od ich wyniku. W coraz większym stopniu decydują one, czy jesteśmy gotowi zaakceptować niekorzystny wynik jako sprawiedliwy. Jak podkreśla R. Summers, „proces stosowania prawa, który jest racjonalny proceduralnie, humanitarny i respektujący godność człowieka oraz jego prywatność, jest w tym sensie procesem dobrym, niezależnie od tego, czy skutecznie prowadzi do uzyskania dobrych rezultatów. Dzieje się tak, ponieważ racjonalność, humanitaryzm i poszanowanie godności oraz prywatności to „wartości procesowe”¹⁶ (wyróżnienie w oryginale).

Przedstawiona poniżej analiza rozpoczyna się od rozstrzygnięcia trzech kwestii. Po pierwsze, „czym jest procedura”; po drugie, „jakie są zmienne i kryteria” naszej gotowości do akceptacji orzeczenia; po trzecie, „na czym polega sądownictwo”?

Zacznę od pytania pierwszego. Zgodnie z poglądami Luhmanna, procedura stanowi system społeczny, który spełnia szczególną funkcję osiągnięcia wiążącej pojedynczej decyzji i jest w tym sensie zjawiskiem krótkoterminowym¹⁷. Koniecznym warunkiem zaistnienia procedury są ukształtowane uprzednio ramy i jej dyferencjacja od otoczenia społecznego. Odróżnia on faktyczną procedurę, która jest powtarzalna w czasie, od ogólnych ram, w których procedury tego samego rodzaju mogą być powtarzane. Z kolei w tradycji *common law* procedura jest rozumiana jako postępowanie w każdej sprawie. „Mówimy o procedurze, ponieważ ma ona za zadanie umożliwienie postawienia pozwanego przed sądem, udzielenie odpowiedzi na zarzuty sformułowane przeciwko niemu i wskazanie środków, za pomocą których należy poszukiwać odpowiedzi”¹⁸. Natomiast z ekonomicznego punktu widzenia procedura jest środkiem maksymalizacji pojedynczej wartości lub celu. Koszty

¹⁶ R. SUMMERS, *Evaluating and improving legal process – a plea for process values*, (1974–1975) 60 Cornell Law Review 1.

¹⁷ N. LUHMANN, *Legitimation durch verfahren*, (Luchterhand, Darmstadt, 1975).

¹⁸ B. A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, (Thomson, West, 2004), s.1242, cytaty za J. CHITTY, *A Practical Treatise on Criminal Law*, (1926), s. 338.

błędnych orzeczeń są nazywane „kosztami pomyłek”, a koszty związane z orzeczeniem „kosztami bezpośrednimi”. Jeśli procedura jest wydatkiem poniesionym, aby osiągnąć cel (zminimalizować wydatek), wtedy celem będzie minimalizacja sumy kosztów pomyłek i kosztów bezpośrednich¹⁹. Ekonomiczne postrzeganie procedur należy skontrastować ze stanowiskiem Dworkina wychodzącym od kosztów moralnych²⁰. Przy ocenie rezultatów bierze on pod uwagę inne wartości niż koszty ekonomiczne. Jego zdaniem podejście ekonomiczne ignoruje prawa.

Ten bardzo pobieżny przegląd pozwala sformułować na potrzeby niniejszej pracy następującą tezę. Otóż przyjmuję, że procedura opiera się na uprzednio stworzonych ramach lub regułach, które wykluczają element niepewności i zaskoczenia. Zawsze jest to kontinuum złożone z następujących po sobie etapów, charakteryzujących się poszczególnymi cechami oraz celami. Elementy te będą się przewijać w dalszej analizie.

Po drugie, kluczowe jest wyjaśnianie ludzkiej gotowości do akceptacji orzeczenia. Ten problem jest wprost związany z kwestią wyboru procedury. Dlaczego ludzie przedkładają jedną procedurę nad drugą? Co wpływa na ten wybór? Te fundamentalne pytania nie doczekały się jednoznacznej odpowiedzi. Akceptowane reguły różnią się w zależności od społeczeństwa. Decydujące będzie pojęcie racjonalnych osób i zasad²¹. W tym zakresie prezentowane i bronione były różne teorie. Według Tylera jedną ze zmiennych jest bezstronność procedury, która prowadzi do określonego wyniku²². Z kolei Thibaut i Walker wskazywali, że istnieją trzy główne czynniki determinujące preferencje w tym aspekcie. Po pierwsze, potrzeba szybkiego orzeczenia i rozstrzygnięcia

¹⁹ R. A. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, (1973) 2 *Journal of Legal Studies* 399.

²⁰ R. DWORKIN, *Principle, Policy and Procedure*, [w:] C. F. H. TAPPER, (red.), *Crime, Proof and Punishment*, (Butterworths, London, 1981).

²¹ M. BAYLES, *Principles for Legal Procedure*, (1986) 5 *Law and Philosophy* 33.

²² T. TYLER, *The Role of Perceived Injustice in Defendants' Evaluation of Their Courtroom Experience*, (1984) 18 *Law and Society Review* 51.

kontrowersji. Po drugie, istnienie lub brak standardu, który wiąże stronę trzecią. I w końcu po trzecie, przekonanie, że ludzie postrzegają silniejsze procedury i silniejszy mandat rozstrzygającego spór za niezbędne w konfliktach o sumie zerowej, w przeciwieństwie do sytuacji pozwalających na negocjacje i dopuszczających element targowania się. Swoje badania podsumowuję stwierdzeniem, że to właśnie model kontradyktoryjny zapewnia lepszą ochronę przed nieprawidłowymi orzeczeniami, uprzedzeniami i deformacjami postępowania dowodowego²³.

Niektórzy uważają, że decydującą rolę odgrywa „głos” (*voice*). Osoby, które mają „głos”, czują się docenione i traktowane poważnie, wiedząc, że ich głos oznacza rzeczywisty wpływ na decydenta oraz na przebieg procesu decyzyjnego. Inni z kolei podkreślają element uczestnictwa i przysługującej stronom „kontroli nad procedurą” (*process control*). Oznacza ona, że podmiot wyposażony w kompetencje do rozstrzygnięcia sporu musi przestrzegać pewnych obowiązków, np. wydania opinii wraz z uzasadnieniem, wyjaśniania szczególnych cech procedury, uzasadniania powodów wyboru określonego rozwiązania lub dania pierwszeństwa określonym wartościom czy kierowania się nimi. Znaczenie mają również zgodność z rzeczywistym stanem rzeczy posiadanych informacji, spójność postępowania, niekierowanie się uprzedzeniami, równość stron oraz możliwość zaskarżania orzeczeń²⁴. Jak twierdzi L. Fuller, podstawowym założeniem leżącym u podstaw i uzasadniającym stworzenie systemu prawnego jest celowe poddanie ludzkiego postępowania regułom. Aby system społeczny był jednocześnie systemem kierującym się prawem, w przeciwieństwie do systemu opartego na przymusie, musi respektować pewne zasady proceduralne będące celem systemu. Ostatecznym

²³ Także T. R. TYLER, *Justice in the political arena*, [w:] R. FOLGER, (red.), *The Sense of Injustice. Social Psychological Perspectives*, (Plenum Press, New York and London, 1984), s. 208.

²⁴ G. S. LEVENTHAL *What Should Be Done With Equity Theory?* [w:] K. J. GERGEN, M. S. GREENBERG, R. H. WILLIS, (red.), *Social Exchange: Advances in Theory and Research*, (New York Plenum, 1980) oraz dyskusja [w:] T. R. TYLER, *Why People Obey the Law*, (Yale University Press, 1990), s. 118–119.

celem systemu prawnego jest pokierowanie postępowaniem ludzi za pomocą reguł prawa. „Wewnętrzna moralność praw” Fullera składa się z 8 zasad, które stanowią podstawowe wymogi realizacji powyższego celu przez system prawa²⁵. Tylko wtedy, gdy system do pewnego stopnia spełnia wszystkie 8 zasad, zasługuje na miano systemu prawnego. W zależności od stopnia, w jakim spełnia on te 8 zasad, może być systemem prawa w mniejszym lub większym stopniu.

Po trzecie, tytułem próby należy zaproponować definicję aktu sądowego orzekania (*adjudication*), skoro moja perspektywa ma charakter orzeczniczy i skupia się na poziomie orzekania wspólnotowego²⁶. Ograniczenie się do orzekania typu sądowego jest istotne, ponieważ model sądowy stanowi tylko jeden z przykładów procedur²⁷. Orzekanie jest jedną z form rozwiązywania sporów. Oznacza formę uczestnictwa stron przedstawiających dowody i uzasadnione argumenty²⁸. Istotne jest to, że zaproponowana wyżej definicja jest ogólna i niekoniecznie odpowiada na pytanie o najlepszą procedurę w przypadku danej sprawy, ponieważ to często subiektywny punkt widzenia stron decyduje o wyborze. Chodzi tu raczej o zwrócenie uwagi na pewne cechy sądowego orzekania²⁹. W tym miejscu można je wymienić³⁰. Po pierwsze, istnienie kontrowersji, którą należy rozstrzygnąć. Terminu „kontrowersja” zamiast „spór” używam celowo. Moje rozumienie nie ogranicza się

²⁵ Dyskusja na ten temat zob. B. BIX, *Jurisprudence. Theory and Context*, (Carolina Academic Press, Durham North Carolina).

²⁶ M. BAYLES, *Principles for legal procedure*, (1986) 1 Law and Philosophy 33.

²⁷ Już w swojej analizie N. LUHMANN twierdził, że procedury należy uszeregować następująco: wybory polityczne - procedury sądowe - procedury administracyjne. Więcej na ten temat poniżej.

²⁸ L. L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, (1978) 92 Harvard Law Review 364.

²⁹ M. D. BAYLES, *op. cit.*, s. 37–38.

³⁰ Punktem wyjścia jest dla mnie lista sporządzona przez profesora Baylesa, która następnie podlega adaptacji, gdy jest to konieczne z uwagi na przedmiot niniejszej analizy i jej akcent położony na orzekaniu sądowym.

bowiem tylko do rozstrzygnięcia sporu między adwersarzami. Chodzi raczej o perspektywę funkcjonalną: dana sytuacja wymaga interwencji strony trzeciej, co w konsekwencji wymaga odpowiednio skonstruowanej procedury. Po drugie, występowanie sędziego w roli podmiotu trzeciego, z którym łączymy element władztwa, który wzbudza szacunek i rozstrzyga sprawę w sposób wiążący dla stron. Po trzecie, prawo stron do przedstawiania własnego stanowiska i odpowiadania na zarzuty drugiej strony. Innymi słowy, strona musi uzyskać możliwość bycia wysłuchaną³¹. Po czwarte, ogłoszenie orzeczenia sądu w sprawie ma miejsce po spełnieniu procedury, która, z jednej strony, określa prawa i gwarancje stron³², z drugiej zaś obowiązki sądu. Po piąte, sąd orzeka zgodnie z regułami i zasadami³³, co minimalizuje element niepewności i zaskoczenia.

Analiza przedstawiona poniżej stanowi próbę stworzenia modelu sprawiedliwości proceduralnej dla sądów wspólnotowych. To ważne zastrzeżenie, ponieważ terminy takie jak „prawo do sądu”, „prawo do sprawiedliwego procesu”, „prawo do obrony” są używane i występują także w postępowaniu przed Komisją Europejską³⁴. Należy podkreślić, że prawa proceduralne (prawo do sądu, prawo bycia wysłuchanym itd.) przed Komisją lub innymi instytucjami są równie ważne jak prawa i gwarancje proceduralne, z którymi mamy do czynienia

³¹ Zob. znamienity tytuł H. J. FRIENDLY, *Some kind of hearing*, (1975) 123 *University of Pennsylvania Law Review* 1267.

³² Rozprawa ma tak wielką wagę, że została zdefiniowana jako odrębny element modelu orzekania. Biorąc to pod uwagę, powinniśmy postrzegać rozprawę jako kluczowy element procedury.

³³ Piąty element został przytoczony w celu dopełnienia listy. Jest kwestią wyboru, które kryterium będzie decydujące przy rozdziale ciężarów i korzyści.

³⁴ Zob. LASOK. MILLETT, *General Principles of Community law*, (2004), s. 323–328, gdzie większość omawianych spraw dotyczy nadzorczych uprawnień Komisji w toku postępowań administracyjnych, a nie prawa do sądu rozumianego jako prawo do rozpoznania sprawy przez niezależny i bezstronny sąd. Jedynie na s. 324 orzeczenie niezależnego i bezstronnego sądu zostaje wskazane jako element prawa do sprawiedliwej rozprawy.

przed sądami, ale nie stanowią one bezpośredniego przedmiotu mojego zainteresowania³⁵. Sprawiedliwość proceduralna ma swój własny charakter sądowy, który oddziela ją od naszych oczekiwań wobec administracji. Ale nie sposób całkowicie uciec od gwarancji składających się na postępowanie administracyjne, skoro model sprawiedliwości proceduralnej rzuca światło i przewiduje standard postępowania także na etapie przedsądowym. Jest jednak jakościowa różnica między proceduralnymi prawami i gwarancjami przyznanymi w postępowaniu sądowym a tymi w postępowaniu administracyjnym. Pierwsze wiążą się bezpośrednio z i stanowią emanację sprawiedliwości proceduralnej, podczas gdy drugie są oceniane z perspektywy uczciwości administracyjnej, tj. racjonalności i skuteczności administracji³⁶. W mojej analizie „sprawiedliwa procedura”, będąca domeną sądów, jest odróżniona od „obowiązku uczciwego działania”, który oznacza „domniemany obowiązek proceduralny, którego składniki mogą być w znacznej mierze niewystarczające do spełnienia wszystkich niezbędnych elementów sprawiedliwego postępowania [...]”³⁷. Pamiętając o tym, musimy jednak dostrzec, że sprawiedliwość proceduralna wpływa na postępowanie administracyjne, ponieważ na pewnym etapie to postępowanie zostaje poddane ocenie Trybunału z perspektywy sprawiedliwego stosowania prawa³⁸.

³⁵ Na ten temat więcej s. BITTER, *Procedural Rights and the Enforcement of EC Law through Sanctions*, [w:] A. BODNAR, M. KOWALSKI, K. RAIBLE, F. SCHORKOPF, (red.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, (Springer), s. 15.

³⁶ W literaturze polskiej w szczególności z. BRODECKI, (red.), *Europa sędziów*, (Lexis-Nexis, Warszawa, 2007), którego analiza koncentruje się wokół rozróżnienia trzech idei: humanitaryzmu (jednostki partycypatywnej i wyposażonej w prawa podmiotowe), racjonalności (efektywnej administracji) i sprawiedliwości.

³⁷ DESMITH, WOOLF, JOWELL's *Principles of Judicial Review*, (Sweet and Maxwell, London, 1999). s. 270.

³⁸ Zob. H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, który użył tytułu „sprawiedliwe stosowanie prawa” w celu podkreślenia obowiązków administracji stosującej prawo; *Judicial Protection in the European Union*, (Kluwer Law International, 2001), s. 98–112.

Uwzględniając powyższe, podstawowe pytanie brzmi: jakie gwarancje i prawa proceduralne składają się na model sprawiedliwości proceduralnej i jaką rolę powinna ona dzisiaj odgrywać³⁹? Innymi słowy, jakie gwarancje sprawiają, że o procedurze można istotnie powiedzieć, iż jest sprawiedliwa? Punktem wyjścia do odpowiedzi na to pytanie są dwie idee - humanitaryzmu i sprawiedliwości oraz dwie perspektywy - jednostki i sędziego. W moim rozumieniu niezbywalne prawo do godności zawsze pozostaje w centrum. Godności służą prawa podmiotowe kształtujące ideę humanitaryzmu. Prawo do sprawiedliwego procesu wraz z gwarancjami proceduralnymi oraz skuteczna ochrona praw wspólnotowych zapewnia jednostkom środki i narzędzia do obrony własnego statusu. Dzięki prawom jednostka uczestniczy w dialogu społecznym poprzez występowanie z roszczeniami w celu ochrony swoich bezpośrednio skutecznych praw podmiotowych⁴⁰. Tym samym jest podmiotem prawa, nie zaś jego przedmiotem.

Prawa podmiotowe z perspektywy jednostki są dopełniane obowiązkami sędziów, które reprezentują drugą ideę – sprawiedliwość. Najważniejsze więc w tym miejscu jest skonstruowanie definicji „sę-

³⁹ Kwestia sprawiedliwości proceduralnej nie może być w żaden sposób ograniczona do procesu sądowego orzekania. Elementy sprawiedliwości proceduralnej są obecne i doceniane w różnych sferach działalności społecznej. Tytułem przykładu zob. E. S. COHN, S. O. WHITE, J. SANDERS, *Distributive Justice and Procedural Justice in Seven Nations*, (2000) 24 *Law and Human Behaviour* 553, W. CHAN KIM, R. A. MAUBORGNE, *Implementing Global Strategies: the Role of Procedural Justice*, (1991) 12 *Strategic Management Journal* 125 and *Procedural Justice, Strategic Decision Making and the Knowledge Economy*, (1998) 19 *Strategic Management Journal* 323, R. FOLGER, M. A. KONOVSKY, *Effects of Procedural Justice on Reactions to Pay Raise Decisions*, (1989) 32 *The Academy of Management Journal* 115, T. E. HUGHES, L. N. LARSON, *Patient involvement in Health Care*, (1991) 29 *Medical Care* 297, M. SCHMINKE, M. L. AMBROSE, *The Effect of Ethical Frameworks on Perceptions of Organizational Justice*, (1997) 40 *The Academy of Management Journal* 1190, S. E. NEUMANN, N. BENNETT, *A Case for Procedural Justice Climate: Development and Test of a Multilevel Model*, (2000) 43 *The Academy of Management Journal* 881.

⁴⁰ Na ten temat zob. moja analiza *Prawdziwymi strażnikami prawa wspólnotowego są obywatele*, *Rzeczpospolita* 7/2007, s. C4.

dziego”. Obowiązki sędziów wobec jednostki (niezawisłość, bezstronność, rozsądek, spójność i racjonalność argumentacji) służą ochronie przyznanych praw. Tę sferę nazwałbym „instytucjonalną stroną sprawiedliwości proceduralnej”. Wyróżnić należy w tym zakresie dwa wymiary: krajowy i wspólnotowy. Jak dobrze wiadomo, sądy krajowe są sądami wspólnotowymi wyposażonymi w jurysdykcję generalną, podczas gdy jurysdykcja sądów luksemburskich jest określana jako jurysdykcja powierzona i ograniczona tylko do kompetencji wyraźnie w Traktacie nadanej⁴¹. Poszukiwanie instytucjonalnego aspektu sprawiedliwości proceduralnej w prawie wspólnotowym wymaga zbadania spraw rozstrzyganych przez sąd krajowy z tzw. elementem transgranicznym i dotyczących praw podmiotowych wywodzonych z prawa wspólnotowego. Wynika to z faktu, że z większością roszczeń opartych na prawie wspólnotowym uprawnione podmioty występują do sądów krajowych, a rola Trybunału będzie miała charakter uzupełniający (*via* art. 234 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej). To dlatego gwarancje instytucjonalne mające zastosowanie do Trybunału będą dotyczyły w równym stopniu także sędziów krajowych.

Analiza jednak nie kończy się na konkluzji, że sędziowie mają wobec jednostek określone zobowiązania. Moim celem jest stworzenie modelu sędziego opartego na cnotach i wartościach, które mają być umacniane w procesie orzekania⁴². Jakie cechy powinien reprezentować sędzia, by procedura mogła być sprawiedliwa? Modelowy sędzia ma dążyć do otwartości, receptywności i kreatywności. Sędzia taki nie będzie stronił od aktywności proceduralnej, aby zapewnić rzeczywistą ochronę i realizację praw oraz oczekiwań jednostek. Akt orzekania widziany z tej per-

⁴¹ Szczegółowo T. T. KONCEWICZ, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Dynamiczna koncepcja wspólnotowego wymiaru sprawiedliwości*, (Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, 2006).

⁴² L. B. SOLUM, *The Virtues and Vices of a Judge: an Aristotelian Guide to Judicial Selection*, (1988) Southern California Law Review vol. 8 oraz M. D. BAYLES, *Procedural Justice: Allocating to Individuals*, (Kluwer Academic Publisher, 1991), s. 19.

spektywy jest podobny do procesu uczenia się⁴³, wolnego od wszelkich uprzedzeń i formalizmu. Tylko wtedy procedura może być uczciwa, gdy sędzia wyrazi gotowość jej odpowiedniego ukształtowania. Jego funkcja nie będzie polegać tylko na orzekaniu. Ewa Łętowska doskonale określiła to wyzwanie, stwierdzając, że rolą sędziów nie jest stosowanie przepisów, ale raczej „czynienie sprawiedliwości”⁴⁴. To stwierdzenie podkreśla, że sędzia nie jest jedynie biernym uczestnikiem dyskusji prawnej, wysłuchującym argumentów i decydującym o meritum sprawy. W policentrycznym świecie, zdominowanym przez sądy, odgrywa on o wiele ważniejszą rolę. Dlatego bezstronność i niezależność to absolutne minimum tego, czego powinniśmy oczekiwać od sędziego w dzisiejszych czasach. Potrzebny jest model, który w sposób kompleksowy ujmie obowiązki sędziego wobec stron postępowania.

W ten sposób obowiązki sędziego, sędziowskie cnoty składające się na ideał dobrego sędziego wspólnotowego, prawa podmiotowe (prawa podstawowe, używając języka Trybunału Sprawiedliwości) i wreszcie wartości proceduralne złożą się na trzon sprawiedliwości proceduralnej. Moja koncepcja sprawiedliwości proceduralnej będzie oparta na roli wartości i zasad, które, obok bezstronności, niezależności oraz słuszności, są od wieków sednem procesu orzeczniczego w systemach prawa *common law*. Uważam, że mogą one ogrywać pożyteczną rolę przy próbie rekonstrukcji wspólnotowej sprawiedliwości proceduralnej. Dlatego, idąc za przykładem analizy prezesa A. Baraka⁴⁵, praca zmierza do stworzenia ideału „dobrego sędziego wspólnotowego”.

Niniejsze badanie koncentruje się wokół czterech fundamentalnych kwestii: i) perspektywy jednostki, jej praw podmiotowych i środków ochrony prawnej. Tu pytanie brzmi, czy mamy do czynienia z przeje-

⁴³ Za M. KIRBY, *To judge is to learn*, 48 (2007) Harvard International Law Journal 36.

⁴⁴ E. ŁĘTOWSKA, *Prawo dla garwiedzi*, [w:] Gazeta Wyborcza 23 września 2004.

⁴⁵ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006).

ściem od *ubi ius ibi remedium* do *ubi remedium ibi ius*?⁴⁶; ii) znaczenia procedury w prawie wspólnotowym; iii) modelu sprawiedliwości proceduralnej, a więc praw i gwarancji proceduralnych; iv) zastosowania zbudowanego modelu proceduralnego do urzędu rzecznika generalnego w Trybunale.

Warto zauważyć, że Trybunał nie odwołuje się do terminu „sprawiedliwość proceduralna”. Niestety, terminologii brakuje precyzji. Trybunał czasem używa określeń „prawo do sprawiedliwego procesu” lub „do procedury” jako obejmujących wszystkie elementy sprawiedliwej procedury. W innych przypadkach prawo do sprawiedliwego wysłuchania jest rozumiane jako równoznaczne „sprawiedliwej procedurze”. Czasami „prawo do sądu” jest używane zamiennie z „prawem do skutecznej kontroli sądowej”⁴⁷ lub do „skutecznego środka ochrony prawnej”. Jeden element pozostaje zawsze niezmienny. Trybunał jako punkt wyjścia przyjmuje Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwaną dalej „Konwencją”) i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej określanego jako „ETPCz”). Następnie analizuje prawo w kontekście włączenia go w granice sprawiedliwej

⁴⁶ Podjęta próba badawcza zmierza do określenia wzajemnych zależności między prawami podmiotowymi i procedurami. Poglądy na tę kwestię są bardzo rozbieżne. Niektórzy przyjmują *ubi ius ibi remedium* jako punkt odniesienia zob. *Słowo wstępne sędziego K. LENAERTS*, [w:] T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny - Community Procedural Code*, (C.H. Beck, 2008). Inni przedstawiają perspektywę *common law*, w której to procedura jest na pierwszym planie (*ubi remedium ibi ius*). Tak D. A. O. EDWARD, *Le role de la jurisprudence dans le Common law*, [w:] O Direito Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica* 38, *Colloquia* 1, 1999, s. 125. Ostatnio zwrócono uwagę, że procedury i prawa podmiotowe pozostają wobec siebie w stosunku współzależności i nie ma większego znaczenia, które z nich korzysta z pierwszeństwa. Tak T. EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, (2004) 41 *Common Market Law Review* 1199, s. 1237.

⁴⁷ Jeżeli chodzi o doktrynę prawa wspólnotowego, uderza brak dyskusji o sprawiedliwości proceduralnej. Jedynym znaczącym wyjątkiem jest tekst E. BARBIER DE LA SERRY, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, (2006) 12 *European Public Law* 225.

procedury. Czasami prawa krajowe państw członkowskich są badane przez Trybunał oraz rzeczników generalnych jako potencjalne źródło praw i gwarancji należących do sprawiedliwej procedury⁴⁸.

Poniżej traktuję sprawiedliwość proceduralną jako koncepcję nadrzędną, ideę inspirowaną zarówno Konwencją, jak i tradycjami konstytucyjnymi państw członkowskich. Model nie jest jednak produktem gotowym. Wprost przeciwnie, pozostaje w fazie sądowej rekonstrukcji, adaptacji i uzupełniania. Ten proces przypomina powieść pisaną przez kolejne pokolenia sędziów, którzy, z jednej strony, są związani pewną pomyślaną ideą, ale z drugiej, korzystają ze swobody w zakresie dodawania i urzeczywistniania powieści w sposób, który najbardziej odpowiada chwili i okolicznościom przeważającym w momencie „sędziowskiego pisania”.

W końcu należy pamiętać, że poniższa analiza przedstawia syntetyczny zarys sprawiedliwości proceduralnej. Wskazuje jedynie elementy modelu, analizuje je w sposób zwięzły i lokalizuje problemy wymagające dopiero jednoznacznego rozstrzygnięcia w toku prowadzonych badań. Tam, gdzie to konieczne, pewne aspekty problematyki są, z uwagi na ich znaczenie, potraktowane w sposób bardziej szczegółowy niż inne. Dotyczy to „koncepcji łańcuchowej”, proceduralnego ideału sędziogo-Herkulesa, teoretycznych aspektów sprawiedliwości proceduralnej oraz problemu zgodności urzędu rzecznika generalnego ze sprawiedliwością proceduralną. W żadnym więc wypadku analiza nie powinna być postrzegana jako głos końcowy, rozstrzygający jednoznacznie miejsce i znaczenie modelu sprawiedliwości proceduralnej we wspólnotowym wymiarze sprawiedliwości. Mam nadzieję, że czas takich konkluzywnych wniosków i ustaleń wkrótce nastąpi. ■

⁴⁸ Najbardziej znaczącym przykładem jest sprawa 155/79, *AM & S v. Commission*, [1982] ECR 1575.

ROZDZIAŁ PIERWSZY

Perspektywa jednostki. Prawa podmiotowe

1. IDEA HUMANITARYZMU I JEDNOSTKA

Humanitaryzm jest koncepcją etyczną, która determinuje nasze oczekiwania wobec sądów i podlega konkretyzacji poprzez prawa człowieka. Humanitaryzm dotyczy praw, które składają się na status jednostki uprawnionej, czyli prawo do sądu, prawo do uczciwej rozprawy i inne. Jednostka działa w sposób autonomiczny, zgodnie z założeniem, że dzięki godności jest podmiotem, a nie przedmiotem prawa. Wykazuje się czujnością oraz przezornością, dba o własne sprawy. Korzysta z mechanizmów prawnych i procedur z korzyścią dla siebie w celu zapewnienia, że jej prawa oraz status podmiotu prawa są respektowane. W tym sensie możemy mówić o jednostce partycypatywnej, która bierze aktywny udział w dialogu społecznym⁴⁹.

Jednak funkcja praw podmiotowych nie ogranicza się tylko do określenia naszej roli i miejsca w społeczeństwie. Nie są one wyłącznie wyrazem idei humanitaryzmu. Realizują ponadto ideę sprawiedliwości. Patrząc z perspektywy jednostki, pozostajemy w sferze praw podmiotowych, ale z perspektywy sądu wchodzimy w świat zobowiązań gwarantujących, że

⁴⁹ Termin „jednostka partycypatywna” pochodzi z z. BRODECKI (red.), *Europa sędziów* (LexisNexis, 2007).

uczestnictwo w procedurze gwarantuje sprawiedliwość. Procedury i sposób procedowania w ich trakcie przez sądy powinny zapewnić, że uczestnictwo jednostki ma charakter pełny. Tylko wtedy zda sobie ona sprawę z własnego człowieczeństwa oraz upodmiotowienia. W sferze zobowiązań zadajemy więc pytanie, jaki rodzaj sądu mamy na myśli? Intuicyjnie nasza odpowiedź rozpocznie się od kwestii oczywistych: sędzia musi być bezstronny, niezawisły w ocenie faktów i prawa, kierujący się jedynie prawem obowiązującym. Idea humanitaryzmu wymaga jednak od sędziego znacznie więcej. Powinniśmy ponadto rozważyć elementy składające się na etos sędziego, który gwarantuje, że prawo do sądu jest respektowane, a procedura sprawiedliwa. Nasz sędzia - Herkules nie tylko jest bezstronny i niezawisły. Przede wszystkim musi się wykazać receptywnością, otwarciem i gotowością do konstruowania systemu jako spójnej i kompletnej całości, przestrzegając precedensów ustanowionych przez wcześniejsze pokolenia sędziów. Mój etos sędziego w modelowym ujęciu sprawiedliwości proceduralnej polega na zaangażowaniu w orzekanie⁵⁰, które ma zapewnić, że w toku procedury spotkają się idee humanitaryzmu i sprawiedliwości.

2. JEDNOSTKA W UNII EUROPEJSKIEJ

2.1. PRAWA I PODEJŚCIE OPARTE NA PRAWACH (*RIGHTS-BASED APPROACH*) JAKO UZASADNIENIE SPRAWIEDLIWOŚCI PROCEDURALNEJ

Teoria prawa Dworkina jako integralności jest przykładem koncepcji orzeczniczej „opartej na prawach”⁵¹. Zakłada, że „normy prawne są prawdziwe, jeśli są zawarte bądź wynikają z zasad uczciwości lub prawa do sprawiedliwego procesu sądowego, dostarczając najbardziej konstruk-

⁵⁰ J. R. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, (Clarendon Press, Oxford, 1993).

⁵¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (Duckworth, 1977) oraz *Law's Empire*, (Fontana, 1986).

tywnej wykładni praktyki prawnej wspólnoty⁵². Sąd powinien wybierać pomiędzy uprawnionymi wykładniami, zadając pytanie, „która wykładnia najlepiej oddaje strukturę instytucji wspólnoty [...] – jej standard publiczny – biorąc pod uwagę perspektywę politycznej moralności”⁵³.

Podejście oparte na prawach zakłada, że jednostka zachowuje status podmiotu, a nie przedmiotu prawa⁵⁴. Przestrzeganie praw jednostki stanowi podstawowy wymóg sprawiedliwości w społeczeństwie. Dworkin twierdzi, że każda osoba ma równe prawo podstawowe do jednako-
wej troski i szacunku⁵⁵. Osoba taka oczekuje poważnego traktowania, przyznania godności i prawa wysłuchania, ilekroć stawką są jej prawa

⁵² R. DWORKIN, *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986), s. 225.

⁵³ *Ibidem*, s. 256.

⁵⁴ Zdaję sobie sprawę z bardzo obszernej literatury na ten temat. Zainteresowanych problematyką praw podmiotowych i praw człowieka odsyłam w szczególności do W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, (Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1919), *Human Rights* (Nomos XXIII), E. KAMENKA, A. ERH - SOON TAY, *Human Rights*, (Edward Arnold, 1977), J. WALDRON, *Theories of Rights*, (Oxford University Press, 1984), I. SHAPIRO, *The Evolution of Rights in Liberal Theory*, (Cambridge University Press, London - New York - New Rochelle - Melbourne - Sydney), A. CLAPHAM, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1991), F. M. KAMM, *Rights*, w: J. COLEMAN, S. SHAPIRO, (red.), *Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford University Press), s. 477, A. HAREL, *Theories of Rights*, w: M. S. GOLDING, W. A. EDMUNDSON, (red.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, (Blackwell Publishing, 2005), s. 191, H. ALON, *What demands are rights? An investigation into the relations between rights and reasons*, (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 101, E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, (Martinus Nijhoff Publishers), J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, (Cornell University Press, Ithaca - London), J. SYMONIDES, (red.), *Human Rights: Concepts and Standards*, (Ashgate Dartmouth, Unesco Publishing, Aldershot - Burlington - Singapore - Sydney), S. JONES, *RIGHTS*, (MACMILLAN), *International Human Rights Lexicon*, (Oxford University Press), D. ROBERTSON, *A Dictionary of Human Rights*, (Europa Publications Limited), S. ALSTON, (red.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, (Bruylant Bruxelles, 2001), G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, (Éditions du Seuil, 2001).

⁵⁵ R. DWORKIN, *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986).

podstawowe. Koncepcja inspirowana prawami podmiotowymi ma daleko idące konsekwencje dla sądów. Ich kluczowa rola polega na artykulacji i ochronie praw jednostek przed nieuprawnioną ingerencją ze strony innych instytucji społecznych. Aby podołać temu zadaniu, sądy odwołują się nie tylko do reguł, ale także do zasad i polityk⁵⁶. Reguła oznacza normę, która ma być przestrzegana, ponieważ taki jest wymóg sprawiedliwości, uczciwości i prawa do sprawiedliwego procesu⁵⁷. Teoria prawa jako integralności wymaga od sędziów, tak dalece, jak to możliwe, uporządkowania prawa poprzez spójny zbiór zasad, a następnie egzekwowania go w toku rozstrzyganych przez siebie spraw, „*tak aby sytuacja każdej osoby była uczciwa i sprawiedliwa zgodnie z jednakowymi standardami*” (wyróżnienie T.T.K.)⁵⁸. Na podstawie tego testu jednostka ma prawo do odpowiedzi prawnej. Istnieje zatem ścisły związek między prawami konstytucyjnymi i ich stroną proceduralną, której odzwierciedleniem jest konstytucyjne prawo do sprawiedliwego procesu⁵⁹.

Koncepcja inspirowana prawami podmiotowymi zakłada, że sędzia jest zobowiązany interpretować prawo i sprawowanie władzy publicznej w zgodzie z prawami podstawowymi. To samo dotyczy gwarancji proceduralnych, ponieważ to poprzez procedurę jednostka egzekwuje swój status. W tym sensie sądy powinny interpretować i adaptować procedury zgodnie z linią wyznaczoną przez sprawiedliwość proceduralną. Wychoząc od koncepcji opartej na prawach, można domniemywać, że ustawodawstwo nie ma na celu ingerencji w prawa podstawowe, a w przypadku wątpliwości są one rozstrzygane zgodnie z regułą interpretacyjną *in dubio pro actione*. Artykulacja i określenie zasad proceduralnych, które tworzą

⁵⁶ „Polityka” jest standardem, który ma kształtować kolektywny cel „wspólnoty” jako całości.

⁵⁷ W tym sensie można powiedzieć, że zasada jest koncepcją nieinstrumentalną, ponieważ jej przestrzeganie nie zależy od tego, czy zasada promuje cele ekonomiczne, polityczne lub jakiegokolwiek inne.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 224, 243.

⁵⁹ s. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, (1972) 30 VVDS_tRL 81.

sprawiedliwość proceduralną, leżą w gestii sądów. Jak to określił Niemiecki Trybunał Konstytucyjny, „podstawowe prawa muszą być chronione przez procedurę oraz powinny odpowiednio wpływać nie tylko na prawo materialne, ale również na *prawo proceduralne*, w stopniu zapewniającym skuteczną ochronę praw podstawowych”⁶⁰ (wróżnienie T.T.K.).

2.2. OD „CZUJNEJ JEDNOSTKI” DO „CZUJNEGO OBYWATELA”

Łacińska maksyma *iura vigilantibus scripta sunt* doskonale oddaje sens prawa wspólnotowego: jest ono stosowane i interpretowane przez sądy krajowe, ale na wniosek jednostek uprawnionych mocą prawa wspólnotowego⁶¹. Słynne słowa Henkina i Bobbio o życiu w epoce praw podmiotowych⁶² doskonale ujmują najważniejszy element prawa wspólnotowego: upoważnioną, przezorną i czujną jednostkę. Idea traktowania jednostki jako pełnego podmiotu prawa od dawna cieszy się uznaniem⁶³. Jednocześnie ma ona szczególne znaczenie dla prawa wspólnotowego, w którym bezpośredni skutek praw podmiotowych i jego egzekwowanie stawiają jednostkę w centrum⁶⁴. Już w sprawie *Van Gend en Loos* Trybu-

⁶⁰ Wyrok z 20 grudnia 1979 r., 1 BvR 385/77. Cytuję za J. SCHWARZE, *European Administrative Law* (Sweet and Maxwell, 1992), s. 1177.

⁶¹ Należy podkreślić, że rola jednostek w prawie wspólnotowym wykracza daleko poza samą perspektywę egzekwowania praw za pośrednictwem sądów krajowych. Jednostki poprzez swoich przedstawicieli uczestniczą w Parlamencie Europejskim w procesie decyzyjnym na poziomie wspólnotowym. Szerzej K. LENAERTS, S. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, London, 2005), s. 390-391. W polskiej literaturze z. BRODECKI, *Europa sędziów*, (LexisNexis, Warszawa, 2007).

⁶² L. HENKIN, *The Age of Rights*, (Columbia University Press, New York), N. BOBBIO, (przełożył A. CAMERON), *The Age of Rights*, (Polity Press).

⁶³ W. S. GORMLEY, *The Procedural Status of the Individual Before International and Supranational Tribunals*, (Martinus Nijhoff, The Hague, 1966), s. 17.

⁶⁴ Zob. A. G. TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities. Vol I The Individual and Community Law*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam – New York – Oxford, 1978), s. 98-114 oraz C. HARLOW, *Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union*, w: S. ALSTON, (red.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999), s. 191.

nał odwołał się do „czujnych jednostek”, których aktywność uzupełnia nadzorcze kompetencje Komisji⁶⁵. Prawa podmiotowe jednostek stają się częścią ich dziedzictwa prawnego. W tej sprawie argument z praw podmiotowych został powiązany z bezpośrednim skutkiem. Artykuł 12 Traktatu o WE zawierał jasny i bezwarunkowy zakaz, który czynił zbędną wszelką interwencję ustawodawczą, wywołując w ten sposób skutek bezpośredni i tworząc prawa podmiotowe, których ochrona należy do sądów krajowych⁶⁶. Zatem prawa podmiotowe od samego początku określiły dyskurs prawny⁶⁷. Jurysprudencja Trybunału jest bezsprzecznie „jurysprudencją praw”: w samym centrum znajduje się jednostka, występująca jako beneficjent praw podmiotowych, domagająca się ochrony tych praw i, gdzie to konieczne, gotowa powziąć konieczne kroki w celu ich pełnej realizacji.

Jakościowa zmiana w tym obrazie nastąpiła z podpisaniem Traktatu o Unii Europejskiej, który wprowadził obywatelstwo europejskie⁶⁸. Z jednej strony był to przełom (obywatelstwo jako wywodzony z Traktatu związek prawny między Unią a uprawnionymi i zobowiązanymi obywatelami państw członkowskich)⁶⁹, zaś z drugiej wyraźniejsze potwierdzenie orzeczniczego statusu jednostek. Z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej liczy się fakt, że status jednostki został w ten sposób uznany i sformalizowany instytucjonalnie. Nie wchodząc w analizę konkretnych praw przyznanych obywatelom w Traktacie o Unii i ich dy-

⁶⁵ Sprawa 26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.

⁶⁶ O ścisłym związku między ochroną praw jednostki, *effet utile* w prawie wspólnotowym oraz obowiązkami sądów krajowych pisze szczegółowo s. PRECHAL, *Directives in EC Law*, (Oxford University Press, 2005), s. 132. Autorka wskazuje na ewolucję w podejściu Trybunału i ewoluującym rozłożeniu akcentów w tym zakresie.

⁶⁷ Wyczerpująco T. EILMANSEBERGER, *The Relationship Between Rights and Remedies in EC law: In Search of the Missing Link*, (2004) 41 *Common Market Law Review* 1199.

⁶⁸ C. CLOSA, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, (1992) *Common Market Law Review* 1137.

⁶⁹ Artykuły 17–21 Traktatu o WE.

namiczną wykładnię przez Trybunał, możemy sformułować następujący wniosek. Jednostka zostaje uznana za nosiciela praw podmiotowych, za podmiot, a nie przedmiot prawa. Ma to kluczowe znaczenie dla moich rozważań proceduralnych, ponieważ ochrona praw podmiotowych jednostki była zawsze jedną z cech wyróżniających orzecznictwo wspólnotowe. Wraz z pojawieniem się obywatelstwa europejskiego, opisywanego przez najnowsze orzecznictwo Trybunału jako fundamentalny status obywateli państw członkowskich⁷⁰, obywatel staje się w znaczącym uczestnikiem procedur i musi być traktowany poważnie.

2.3. ŚRODKI OCHRONY PRAWNEJ

Stosowanie i egzekwowanie prawa wspólnotowego zależy w dużej mierze od sposobu organizacji i efektywności systemów prawnych państw członkowskich. Gdy prawo wspólnotowe nadaje jednostce prawo podmiotowe, jego ochrona należy do sądów krajowych. Sądy te sprawują swój wspólnotowy mandat w krajowym otoczeniu proceduralnym, wykorzystując krajowe procedury oraz środki ochrony prawnej.

Poruszając kwestię środków ochrony prawnej, możemy zadać następujące pytanie: do jakiej ochrony prawnej są uprawnione jednostki przed sądem? Środki ochrony prawnej (remedium) powinny być wyraźnie odróżnione od procedur. Mogą być one rozumiane w szerokim oraz w wąskim sensie. W ujęciu szerokim oznaczają środki przewidziane przez prawo do egzekwowania prawa podmiotowego lub uzyskania zadośćuczynienia. W wąskim znaczeniu oznaczają ochronę prawną, do której udzielenia kompetentny jest sąd⁷¹. Aby docenić rolę środków ochrony prawnej w modelu sprawiedliwości proceduralnej, na procedurę powinniśmy spojrzeć z trzech perspektyw: 1) dostępu do procedury; 2) przebiegu procedury; 3) decyzji będącej rezultatem procedury. Środek ochrony prawnej powinien być więc rozumiany jako końcowy efekt pro-

⁷⁰ Sprawa C - 184/99, *Grzelczyk*, [2001] ECR I - 6193, ust. 31.

⁷¹ Definicja s. PRECHAL, *op. cit.*, s. 145, w przypisie dolnym 99.

cedury: skonkretyzowana forma ochrony prawnej, dzięki której przywracamy *status quo* itd. W tym kontekście środki ochrony prawnej odgrywają rolę służebną wobec praw podmiotowych, a procedury tworzą ramy dla ochrony praw oraz orzekania środków ich ochrony. W mojej analizie traktuję środek ochrony prawnej jako kluczowy element sprawiedliwości proceduralnej, który wpływa na naszą decyzję pójścia do sądu i poddania się procedurze. Niemniej sama skuteczność środka ochrony prawnej nie będzie wpływała na ocenę procedury jako sprawiedliwej. Ideał sprawiedliwości proceduralnej będzie raczej zmierzał w kierunku koncepcji godnościowej, w której procedura uosabia inherentne wartości i cechy zasługujące na miano „sprawiedliwych”, niezależnie od tego, czy orzeczony środek ochrony prawnej uznamy za skuteczny.

3. PROCEDURA JAKO KONTINUUM

3.1. KONCEPCJA *CHAIN NOVEL* I JEJ ZNACZENIE DLA PROCEDURY

W celu podkreślenia kreatywności (ale nie dowolności) sędziów w procesie interpretacji prawa Dworkin porównał prawo do literatury, a sędziego decydującego o tym, czym jest prawo w danej sprawie, do pisarza. Taki pisarz tworzy swoją powieść, szuka u poprzedników pewnych wspólnych wątków i wartości i w ten sposób kontynuuje powieść rozpoczętą w przeszłości przez innych pisarzy⁷². Na określenie tego procesu Dworkin używa określenia *chain novel* (dosł. powieść łań-

⁷² Pełna rekonstrukcja filozofii R. Dworkina zob. B. BIX, *Jurisprudence. Theory and Context*, (Carolina Academic Press, Durham North Carolina, wyd. 3), s. 172–192, R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, (LexisNexis UK), w szczególności Rozdział 6: *The problem of creative judge: Pound and Dworkin*, s. GUEST, *Ronald Dworkin*, (Edinburgh University Press, 1997). Wśród licznych artykułów zob. w szczególności R. S. PEERENBOOM, *A Coup D'État in Law's Empire: Dworkin's Hercules Meets Atlas*, (1990) 9 *Law and Philosophy* 95 oraz T. R. S. ALLAN, *Justice and Fairness* w: *Law's Empire*, (1993) 52 *Cambridge Law Journal* 64.

cuchowa)⁷³. Każdy pisarz tworzący ją interpretuje otrzymane rozdziały, by napisać nowy i przekazać następnemu powieściopisarzowi, który na tej podstawie będzie dodawał swój rozdział itd. Zadaniem każdego pisarza w łańcuchu jest stworzenie najlepszego rozdziału z możliwych, ponieważ jego jakość wpłynie na całościową ocenę powieści. Zadanie postawione przed piszącymi jest zarazem trudne i ambitne. Dworkin twierdzi: „Każdy powieściopisarz stara się stworzyć najlepszą powieść z materiału, który otrzymał, z tego, co sam dodaje i (dopóki jest w stanie to kontrolować) z tego, co jego następcy będą chcieli lub mogli dodać od siebie. *Jego ambicją jest stworzyć najlepszą powieść z możliwych, konstruowaną jako pracę jednego autora a nie, jak jest w rzeczywistości, jako wytwór wielu ludzkich rąk*”⁷⁴ (wróżnienie T.T.K.). W tym celu „musi przyjąć określone założenie w przedmiocie kontynuowanej powieści, jakąś roboczą teorię dotyczącą bohaterów, fabuły, gatunku, tematu i jej istoty, w celu ustalenia, co potraktować jako kontynuację pisania, a nie rozpoczęcie od nowa”⁷⁵.

Podobnie sędziowie pełnią podwójną funkcję: autorów i krytyków. Obecny sędzia wnosi wkład w interpretowaną tradycję, a przyszli sędziowie konfrontowani są z nową tradycją, w skład której wchodzi to co napisane zostało przez ich poprzedników. Sędzia jest porównywany do powieściopisarza. Pisząc swoją powieść, tworzy pewien wspólny styl, który wykracza poza specyfikę każdego pokolenia sędziów i łączy różnych sędziów. *Chain novel* z założenia oznacza zaangażowanie sędziów w orzekanie. W procesie tym prawo nie jest gotowym produktem, danym sędziemu przez ustawodawcę. Obowiązkiem sędziów jest szukanie najlepszego zrozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury⁷⁶. W tym sensie prawo jest rekonstruowane oraz przeszukiwa-

⁷³ R. DWORKIN, *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986), s. 229.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 229.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 230.

⁷⁶ M. ZIRK-SADOWSKI, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, (Zakamycze, Kraków, 2000).

ne przez kolejne pokolenia sędziów. Orzekanie w sprawie stanowi zawsze część procesu i pewnej tradycji sędziowskiej złożonej z orzeczeń, zasad, precedensów, zwyczajów, wzorów zachowań itd. Ta tradycja jest kontynuowana właśnie przez orzecznictwo. Złożoność pisania powieści przypomina rozstrzyganie trudnej sprawy, ponieważ w obu wypadkach zakładamy aktywny udział osoby (czy to sędziego, czy pisarza). Powieściopisarz tworzy swój rozdział na podstawie materiału już dostępnego i napisanego przez poprzednie pokolenia. Podobnie z sędzią, liczy się jego otoczenie i dostępne materiały.

Z perspektywy rozważanej sprawiedliwości proceduralnej szczególne znaczenie będą miały trzy elementy. Po pierwsze, moja powieść łańcuchowa zatytułowana jest „Sprawiedliwość proceduralna”. Zapraszam sędziów, by ją pisali, kształtowali, rekonstruowali, inaczej rozkładali akcenty, dodawali nowe zasady i gwarancje. Pole manewru jest duże. Jednakże zawsze powieść jest kontynuowana i zmieniana w sposób kreatywny. Powieść zatytułowana „Sprawiedliwość proceduralna” wymaga kreatywności sędziego, który podchodzi do swego zadania z otwartym umysłem i receptywnością. Bez tego istnieje niebezpieczeństwo, że jego powieść proceduralna będzie przebojem jednego sezonu. Po drugie, ciągłość. W powieści łańcuchowej Dworkina nowa interpretacja nie musi pasować do każdego fragmentu tekstu. Określa on to w ten sposób: „Interpretacja nie zostaje zdyskwalifikowana tylko dlatego, że powieściopisarz uznał część akcji za błędną, ponieważ stoi na przeszkodzie ambicji literackiej zawartej w interpretacji. Jednak zaproponowana interpretacja *musi mimo to przewijać się przez cały tekst*” (wyróżnienie T.T.K.)⁷⁷. Innymi słowy, musi istnieć minimalna ciągłość między tradycją już istniejącą i tą, która ma zostać dodana. Ten „wymiar zgodności” musi być zawsze obecny. W przeciwnym wypadku nastąpi zerwanie z tradycją i rozpocznie się nowa powieść. Po trzecie, występowanie elementu powiązania, co jest konsekwencją ciągłości. Wątki

⁷⁷ R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, s. 230.

poboczne, stare i nowe, muszą być połączone za pomocą wątku nadrzędnego, który dominuje i kieruje akcją. W moim przekonaniu tym wątkiem jest sprawiedliwość proceduralna jako niezmiennie kryterium globalnej oceny powieści. Sędziowska dyskrecjonalność i kreatywność zostają poddane ocenie z perspektywy wątku oraz zasad, które powinny się przewijać przez cały tekst i prowadzić wszystkich sędziów. Innymi słowy, sędzia tworzący *chain novel* zatytułowaną „Sprawiedliwość proceduralna” musi mieć umiejętność odnajdywania wspólnych tendencji i wątków, które są kontynuowane na każdym etapie pisania, bez utraty z pola widzenia wątku głównego. Tylko wtedy powieść proceduralna będzie miała sens i przetrwa próbę czasu.

3.2. PROCEDURALNY SĘDZIA HERKULES. IDEALNY SĘDZIA DLA MODELU SPRAWIEDLIWOŚCI PROCEDURALNEJ?

Jednakże nie każdy sędzia ma w sobie potencjał pisania i dodawania do powieści łańcuchowej. Tylko hipotetyczny sędzia - nazwany przez Dworkina Herkulesem - jest w stanie tego dokonać. Sędzia taki jest obdarzony nadludzkimi zdolnościami analizy, dedukcji i orzekania⁷⁸. Potrafi w sposób wyczerpujący uzasadnić wyroki wydawane w „trudnych sprawach” (takich, w których proces stosowania prawa nie jest jednoznaczny)⁷⁹ i argumentacji z zasad. W tym celu Herkules musiałby zacząć od stworzenia najbardziej logicznej teorii prawa z możliwych, dostarczającej politycznych i moralnych uzasadnień dla zasad prawnych oraz instytucji⁸⁰. Teoria ta określałaby prawo jako spójną sieć reguł prawnych, zasad oraz innych standardów, umożliwiających udzielenie

⁷⁸ Przedstawione streszczenie przymiotów sędziego Herkulesa pochodzi z *Jurisprudence. Routledge and Cavendish Lawcards Series*, (Routledge - Cavendish, 2006), s. 79–80.

⁷⁹ O problemie wyczerpująco pisze J. ZAJĄDEŁO, (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, (LexisNexis, 2008).

⁸⁰ Interesującą analizę przedstawia CH. L. EISGRUBER, *Should Constitutional Judges be Philosophers?* w: S. HERSHOVITZ, (red.), *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, (Oxford University Press, 2006), s. 5

jedynej słusznej odpowiedzi, ilekroć pojawia się pytanie, kto ma prawo do wygranej? Sędzia Herkules jest w stanie uzasadnić każdą właściwą decyzję w trudnej sprawie poprzez odwołanie się do najlogiczniejszej teorii orzekania, którą precyzuje⁸¹.

Koncepcja sędziego Herkulesa jest idealistyczna w tym sensie, że zakłada, iż sędziowie mają cechy i umiejętności właściwe idealnemu sędziemu. Nawet sam Dworkin przyznaje, że żaden sędzia nie jest w stanie objąć w sposób pełny interpretacji całego systemu danej wspólnoty. Model w tym ujęciu pozostaje więc w sferze aspiracji. Nawet sędziowie krajowych sądów najwyższych nie zawsze uosabiają cnoty Herkulesa⁸². Chodzi raczej o podkreślenie, że obowiązkiem każdego sędziego jest dążenie do modelu Herkulesa. Fakt, że sędziowie popełniają błędy w rozstrzyganiu trudnych spraw i nie stosują właściwych zasad, które dostarczałyby właściwych odpowiedzi, nie dyskwalifikuje samej metody. Kluczowe wyzwanie polega na próbie objęcia oraz odczytania systemu, tak jak by to zrobił sędzia Herkules.

Zalety i perspektywa sędziego Herkulesa są przydatne do mojej analizy, ponieważ ideał sprawiedliwości proceduralnej zakłada gotowość sędziów do otwarcia i wyjścia poza tekst prawny. Ma to szczególne znaczenie dla analizy proceduralnej, gdyż, jak słusznie zaobserwowano, to „procedura, inaczej niż substancja, była obszarem, o którym można było bezsprzecznie twierdzić, że należy do sfery sądowej aktywności”⁸³. Proceduralny Herkules przyjmuje podejście globalne wobec dostępnego materiału prawnego. Łatwiej wtedy podjąć ostateczną decyzję, która będzie pasować do systemu prawnego jako całości (dworkinowski „wymiar zgodności”) i znajdować mocne uzasadnienie w systemie (dworki-

⁸¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (Harvard University Press, Cambridge, 1977) i *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, 1986).

⁸² Zob. również L. B. SOLUM, *Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging*, (2003) 34 *Metaphilosophy*, s. 178.

⁸³ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, (Oxford University Press, wyd.2), s. 371.

nowski „wymiar uzasadnienia”). Przy rozstrzyganiu spraw proceduralny Herkules brałby pod uwagę nie tylko reguły, ale także zasady. Byłby gotowy przesycić procedurę zasadami oraz wartościami, czyniąc ją bardziej elastyczną.

Większość państw kontynentalnej Europy zawiera w swoim ustawodawstwie (ustawie lub konstytucji) prawo do sądu oraz obudowuje je precyzyjnymi gwarancjami proceduralnymi. Tymczasem traktaty milczą w tym zakresie i dlatego od samego początku to sędzia miał występować jako mistrz procedury i jej jakości. To jego kreatywności zawdzięczamy uznanie ogólnych zasad prawa wspólnotowego. Pozostaje to w zgodzie z modelem proceduralnego Herkulesa, który postrzega orzekanie jako proces dynamiczny i poszukuje równowagi między stabilnością i zmianą. Dynamizm ten może polegać na „odświeżeniu” i przystosowaniu systemu poprzez dodawanie nowych elementów. Piszę „może”, ponieważ nie ma takiego wymogu. Chodzi raczej o podkreślenie, że sędzia powinien modyfikować system, gdy jest to konieczne z powodu orzeczniczych nowinek wprowadzanych gdzie indziej i zmian w jego otoczeniu społecznym i politycznym.

Wykładnia widziana z perspektywy *chain novel* i ideału sędziego Herkulesa może się okazać pomocna w systemowej analizie orzecznictwa sądów wspólnotowych. Możemy się zgodzić co do faktu, że każdy skład Trybunału pisze własną powieść, reinterpreterując powieść stworzoną przez poprzednie pokolenia sędziów⁸⁴. Jednakże proces pisania musi brać pod uwagę cechy szczególne otoczenia wspólnotowego. Po pierwsze, sędziowie Trybunału oraz sędziowie krajowi jako sędziowie wspólnotowi reprezentują różne środowiska zawodowe i kultury prawne⁸⁵. Po drugie, Trybunał pozostaje w interakcji z różnymi instytucjami

⁸⁴ J. R. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, (Clarendon Press, Oxford, 1993).

⁸⁵ Więcej L. N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, (Sweet and Maxwell, wyd. 5, London, 2000) i H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, (Kluwer Law International, wyd.6, 2001).

i sądami krajowymi. Po trzecie, możemy odnaleźć kilka powieści napisanych przez Trybunał: autonomia proceduralna państw członkowskich, *locus standi* podmiotów prywatnych, udział Parlamentu Europejskiego w postępowaniu o unieważnienie aktów prawnych na podstawie art. 230 Traktatu itd. Każda powieść wykazuje pewne cechy charakterystyczne, które wyróżniają ją od innych powieści. Po czwarte, powieści łańcuchowe Trybunału fluktuują w odpowiedzi na impulsy pochodzące z otoczenia zewnętrznego Trybunału. Dlatego ich tempo różni się w zależności od tego, czego się wymaga i oczekuje od Trybunału na danym etapie procesu integracji europejskiej⁸⁶. W konsekwencji powieść „Sprawiedliwość proceduralna” nie zawsze musi wykazywać tę samą intensywność interwencji sędziowskiej, ostrość, z jaką zarysowane zostały charaktery, czy nawet logikę wątków i podwątków. Powinniśmy nawet zaakceptować tymczasowe zerwania i przestoje, które nie mogą jednak zakwestionować samej powieści⁸⁷.

Jaki więc jest proceduralny sędzia Herkules? Otwarty, inteligentny i receptywny na poziomie refleksji teoretycznej na temat prawa i jego uzasadnienia. Jest wrażliwy na postulat zapewnienia spójności systemu i dąży do jej realizacji w trakcie rekonstrukcji prawa w celu rozstrzygnięcia sprawy. Widzi procedurę jako swój teren i nie ogranicza się do postrzegania jej jedynie jako środka do celu. Co najważniejsze, proceduralny Herkules gotowy jest rozważyć i dokonać ważenia wszystkich argumentów. Jego perspektywa jest globalna, wykracza poza reguły w kierunku zasad, które są następnie rekonstruowane, tak aby jak najlepiej odzwierciedlać strukturę społeczną i preferencje wspólnoty,

⁸⁶ Ten aspekt jest podkreślony przez R. DEHOUSSE'À, *The European Court of Justice*, (MacMillan Ltd, 1998).

⁸⁷ Kwestia *locus standi* Parlamentu Europejskiego przed Trybunałem na podstawie art. 230 Traktatu (skarga o unieważnienie) dostarcza nam klasycznego przykładu: negatywny wyrok w sprawie *Comitology* nie oznaczał przerwy w *chain novel*. Było to raczej poszukiwanie przez sędziów-pisarzy właściwej drogi oraz metody pisania. Po rozwiązaniu tych wątpliwości Trybunał zmienił kierunek swojej powieści w sprawie *Chernobyl*.

w której żyje. W prawie wspólnotowym sędzia Herkules respektuje pluralistyczny i kosmopolityczny charakter prawa pochodzącego z różnych ośrodków. Proceduralne powieści łańcuchowe pisane są w całej Europie⁸⁸ i to także musi być docenione przez naszego proceduralnego Herkulesa.

Nasz sędzia żyje we „wspólnocie sądów”⁸⁹ i musi przestrzegać jej reguł w dobrej wierze i lojalności. Najważniejszą jednak cechą mojego idealnego sędziego proceduralnego, która przysparza mu tego miana, są natura oraz struktura prawa, na podstawie których orzeka. Prawo składa się nie tylko z reguł, ale również z innych norm, takich jak polityki i zasady. Według Dworkina tworzą one „tkankę moralną” społeczeństwa: ich celem jest ochrona określonych interesów postrzeganych przez członków społeczeństwa jako wartościowe. Interesy te przyjmują formę abstrakcyjnych praw podmiotowych, takich jak prawo do życia, wolności i godności ludzkiej. Jeśli przyjmiemy perspektywę proceduralną, musimy się zgodzić na katalog proceduralnych praw i wartości, które tworzą kręgosłup naszego modelu sprawiedliwości proceduralnej. Uwzględnienie praw podmiotowych i zasad zwiększa liczbę dostępnych proceduralnemu Herkulesowi możliwości, ponieważ jego decyzja nie jest tylko zorientowana na regułę, ale przede wszystkim na zasady.

Zasady i prawa odzwierciedlają nasz ideał sprawiedliwości proceduralnej i muszą być dopasowywane przez Herkulesa w ramach sprawiedliwości proceduralnej. Co będzie oznaczał ten proces „dopasowywania”? By odpowiedzieć na to pytanie, musimy ponownie wrócić do Dworkina.

⁸⁸ Np. polski Trybunał Konstytucyjny wniósł bardzo cenny wkład w tym zakresie. Zob. sprawa SK 48/04 dostępna na www.trybunal.gov.pl. Rozumowanie Trybunału było wprost oparte na i wyprowadzone ze sprawiedliwości proceduralnej. Podkreślił on nie tylko rolę niezawisłych i bezstronnych sędziów, ale również gwarancje proceduralne, które przysługują stronom.

⁸⁹ Termin za A. M. SLAUGHTER, *Agora: Breard* (1998) 92 *American Journal of International Law* 708.

W procesie orzekania reguły działają w myśl założenia „wszystko albo nic”, wymagając rozstrzygnięcia sporu w zgodzie z nimi. Niemożliwe jest, aby sprzeczne reguły znajdowały zastosowanie w tym samym czasie. Jeśli chodzi natomiast o zasady, wykazują one właściwość „ciężaru”, której brak jest regułom. W przypadku zasad możliwy jest konflikt między nimi. W takim wypadku będą wazone względem siebie, a dopiero wtedy zapadnie decyzja, którą z nich zastosować w danej sprawie. Ma to szczególne znaczenie dla mojej analizy, ponieważ w przedstawionym modelu sprawiedliwości proceduralnej proceduralne zasady i prawa będą pozostawać w konflikcie z innymi zasadami. Istotne jest to, że taki konflikt nie powoduje utraty mocy obowiązującej przez jedną z zasad pozostających w takim konflikcie, raczej sytuacja konfliktu prowadzi do redefinicji granic działania danej zasady⁹⁰. Przyjęta waga poszczególnych zasad odzwierciedla ich względne znaczenie społeczne, miejsce w systemie prawnym oraz wartość, jaką zasada zajmuje w katalogu wartości społecznych. A. Barak zadaje pytanie, w jaki sposób sędzia waży określone zasady? Wskazuje następnie, że bardzo trudno jest udzielić pewnej odpowiedzi. Może tutaj decydować miejsce zasad w systemie źródeł czy dotychczasowa praktyka w rozwiązywaniu konfliktów między nimi. Ważne, by sędzia dążył do harmonii i jednolitości⁹¹, aby jego wybory *ad hoc* były przejrzyste, wskazujące w sposób jasny i uzasadniony kryteria oraz racje na rzecz danego wyboru.

Zasady proceduralne, wazone i fluktuujące, odzwierciedlają ideał sprawiedliwości proceduralnej. Z perspektywy gwarancji instytucjonalnych właściwych sędziom bierzemy pod uwagę bezstronność, niezależność, rozsądek i element uzasadnienia. Również tu hierarchia może być zmienna. Bezstronność i niezależność są składnikami nienegocjowalnymi sprawiedliwości proceduralnej, ponieważ określają status sędziego. Pozostałe będą działały z różnym stopniem intensywności: zakres obowiązku uzasadniania orzeczenia będzie zawsze zależny od czynników

⁹⁰ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006), s. 63.

⁹¹ *Ibidem*, s. 63.

subiektywnych, takich jak rodzaj sądu (dopuszczalność zgłaszania zdań odrębnych), budowa orzeczenia czy przeważająca technika sędziowska (prawo kontynentalne czy *common law*).

4. POJĘCIE SĘDZIEGO W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM

4.1. DWUPOZIOMOWY SYSTEM OCHRONY PRAWNEJ

Państwa członkowskie nie utworzyły federalnego systemu sądownictwa, któremu powierzona byłaby wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego. Powołały jedynie Trybunał Sprawiedliwości, którego głównym zadaniem, według założycieli Traktatu, była kontrola egzekutywy i zapewnienie, że działa w granicach swoich kompetencji. Jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości jest ograniczona i określona przez zasadę jurysdykcji powierzonej (znanej w języku francuskim jako *compétence d'attribution*). Oznacza ona, że Trybunał korzysta z jurysdykcji tylko wtedy, gdy stosowna podstawa kompetencyjna (jurysdykcyjna) została mu powierzona w Traktacie. W teorii oznacza to, że Trybunał nie może dodawać niczego do swojej jurysdykcji⁹². Jego jurysdykcja ma więc charakter szczegółowy, a nie generalny. Jurysdykcja generalna w zakresie prawa wspólnotowego leży w gestii sądów krajowych⁹³. Tym samym mamy dwa poziomy ochrony sądowej: scentralizowany (Trybunał Sprawiedliwości) i zdecentralizowany (sądy krajowe). System ten funkcjonuje na zasadzie reguła-wyjątek. Regułą jest kompetencja sądów krajowych. Jurysdykcja Trybunału stanowi wyjątek. Ewolucja orzecznictwa, począwszy od podpisania pierwszego z traktatów, jest dobrze znana i nie

⁹² W teorii, ponieważ w przeszłości Trybunał kreatywnie podchodził do interpretacji zakresu swojej jurysdykcji. Przełomowa analiza w tym zakresie znajduje się w A. ARNULL, *Does the Court of Justice have an inherent jurisdiction?*, (1990) 27 *Common Market Law Review* 683.

⁹³ Sprawa C - 2/88 *Imm Zwartweld and others*, [1990] ECR I - 4405. O roli wspólnotowej sądów krajowych także I. MAHER, *National Courts as Community Courts*, (1994) 14 *Legal Studies* 226 i LORD SLYNN OF HADLEY, *What is a European Community law judge?*, (1993) *Cambridge Law Journal* 52.

ma potrzeby przywoływać jej w tym miejscu szczegółowo. Istotny jest efekt końcowy: art. 234 Traktatu (orzeczenia prejudycjalne) – był i jest – wykorzystywany przez Trybunał do stworzenia wspólnotowego mandatu sądów krajowych; ponadto przekształcił on system ochrony prawnej z początkowo scentralizowanego na zdecentralizowany⁹⁴.

4.2. KONCEPCJA „DOBREGO SĘDZIEGO”

W myśl sprawiedliwości proceduralnej sędziowie muszą uosabiać pewne wyjątkowe cechy. W swojej nowatorskiej analizie roli sądów A. Barak wyróżnił dwie funkcje sędziów. Pierwsza to wypełnienie luki między prawem a społeczeństwem. Postrzega on sędziego jako partnera w tworzeniu prawa utrzymującego spójność całego systemu. Znając i wyrażając dominujące w społeczeństwie wartości, sędzia może zapewnić, że prawo nadąża za zmieniającymi się okolicznościami. Druga funkcja polega na ochronie konstytucji i demokracji. Demokracja jest rozumiana formalnie (nadrzędność parlamentu, wybory i zasada większości) oraz materialnie (podział władzy, rządy prawa, niezawisłość sędziowska oraz prawa człowieka). Te dwa aspekty demokracji są niezbędne, ponieważ zasada większości demokratycznej, pozbawiona wartości i zasad, powoduje, że system nie ma charakteru demokratycznego⁹⁵.

Mając powyższe na uwadze, należy skonstruować definicję ideału dobrego sędziego. Na poziomie ogólnym możemy przyjąć następującą: „Dobry sędzia w granicach swoich prawnych możliwości tworzy prawo, które [...] wypełni najlepiej lukę między prawem a społeczeństwem i najlepiej ochroni konstytucję oraz jej wartości”⁹⁶. Barak zdaje sobie sprawę z tego, że jakość sądownictwa ma charakter stopniowalny. Tak jak istnieją lepsze i gorsze demokracje, tak możemy również wskazać sędziów, którzy lepiej lub gorzej radzą sobie

⁹⁴ R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice*, (MacMillan Press, 1998), K. J. ALTER, *Establishing the supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, (Oxford University Press, 2001).

⁹⁵ A. BARAK, *op. cit.*, s. XVII-XVIII i 24–25.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 307.

ze sztuką orzekania. To, co ich łączy, to aspiracja do osiągnięcia najwyższego poziomu, mimo że nigdy nie są w stanie go osiągnąć. Z kolei na poziomie szczegółowym dobry sędzia to taki, który jest świadom swej roli, robi użytek ze środków, które ma do dyspozycji (celowa interpretacja). Jest kreatywny. Z jednej strony jest gotowy badać granice systemu prawnego, aby poznać, jak daleko może się posunąć w celu pełnej realizacji powierzonej mu sędziowskiej funkcji. Z drugiej zaś jest świadom i gotów przestrzegać pewnych ograniczeń swojego sędziowskiego mandatu, poza które nie wolno mu wykroczyć. Zachowuje otwarty umysł, jeśli chodzi o interpretowany tekst prawny. Barak twierdzi, że „sędzia nie może nadać tekstowi znaczenia, którego język nie jest w stanie zaakceptować. Jednak tekst nie jest celem samym w sobie, skoro jest zawsze elementem szerszego kontekstu, który do zrozumienia samego tekstu musi być wzięty pod uwagę. Dlatego „dobry sędzia, uznając tekst, postrzega go jako punkt wyjścia, a nie jako punkt docelowy”. Dobry sędzia musi być spójny. Jednakże spójność można oszacować na podstawie całościowej analizy pracy sędziego, a nie na podstawie jednego błędnego orzeczenia. I wreszcie element kluczowy: dobry sędzia nie popada w skrajności i nie widzi świata w kolorach czarno-białych. Przeciwnie, jest w stanie wyważać między rozwiązaniami skrajnymi i dokonać wyboru, który najlepiej pasuje do odzwierciedlenia wartości społecznych – i odzwierciedla je.

4.3. SĘDZIA WIDZIANY OCZYMA JEDNOSTKI. IDEAŁ W PRAKTYCE

Pojęcie „dobrego sędziego” zawiera więc podstawowe cechy idealnego sędziego, których nie możemy pomijać w prawie wspólnotowym. Dobry sędzia wspólnotowy musi być przede wszystkim bezstronny i niezależny⁹⁷. Gwarancja bezstronnego i niezależnego sądu ustanowionego przez prawo jest jedną z najważniejszych. Ma charakter dwuwymia-

⁹⁷ Niezależność stanowi również jeden z wymogów uznania danego organu za „sąd lub trybunał” w znaczeniu art. 234 Traktatu o WE. Jednak to pojęcie niezależności jest znacznie szersze od tego, które zostało przyjęte na potrzeby niniejszej analizy, ponieważ obejmuje również organy, które nie są sądami w ścisłym znaczeniu tego słowa. Więcej zob. R. KOVAR, *La notion de juridiction en droit européen*, in *Mélanges Jean Waline*, (Bruylant, 2002).

rowy. Jest to, po pierwsze, fundamentalne prawo człowieka, które zapewnia, że spory, w których jednostka uczestniczy, są rozstrzygane przez neutralny podmiot. Po drugie jednak, gwarancja ta ma również instytucjonalny aspekt, kiedy stanowi fundament trzeciej władzy w państwie, obok władzy wykonawczej i ustawodawczej⁹⁸. Innymi słowy sędziowska niezależność spełnia dwie funkcje: gwarantuje proceduralną sprawiedliwość w indywidualnym procesie sądowym oraz zapewnia ochronę demokracji i jej wartości⁹⁹. W rezultacie prawo jednostki do procesu przed bezstronnym i niezależnym sądem jest powiązane z obowiązkiem państwa do stworzenia w tym celu odpowiednich ram legislacyjnych¹⁰⁰.

Niezależność sędziowska jest koncepcją ogólną, złożoną z dwóch elementów: niezależności pojedynczego sędziego (tzw. niezależność osobista) i niezależności władzy sądowej (tzw. niezawisłość instytucjonalna). Pierwsza jest zdefiniowana jako sytuacja, w której każdy sędzia ma „swobodę w rozstrzyganiu spraw zgodnie z własną oceną faktów i rozumieniem prawa, przy wykluczeniu wszelkich niewłaściwych wpływów”, nacisków, bezpośrednich lub pośrednich, z jakichkolwiek źródeł i powodów, podczas gdy niezależność instytucjonalna oznacza niezależność władzy sądowej od egzekutywy i legislatywy oraz korzystanie z jurysdykcji wobec wszystkich kwestii natury sądowej¹⁰¹. Aspekt per-

⁹⁸ S. TRECHSEL, we współpracy z S. J. SUMMERS, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford University Press), s. 46.

⁹⁹ Jest to zgodne z rozróżnieniem między demokracją formalną i materialną. Pierwsza dotyczy rządów większości i suwerenności parlamentu, druga oznacza rząd demokratycznych wartości, wśród których wyróżniamy m.in. niezależność władzy sądowniczej; A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006), s. 77.

¹⁰⁰ Ten dualizm zaczyna być uznawany również w polskiej doktrynie prawnej, zob. Z. BRODECKI, (red.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, 2007).

¹⁰¹ *Siracuse's Principles on the independence of the judiciary*. Uderzająco podobne definicje i rozumienie niezależności sędziowskiej oraz jej powiązania z rządami prawa zob. preambuła do *Recommendation no R (94) 12 of the Committee of Ministers to member states on independence, efficiency and role of the judge*, (Conseil de l'Europe, 1994) oraz *Explanatory Memorandum* w szczególności s. 9–11. Zob. również 1.1. *European Charter on the Statute for Judges*, (Strasbourg, 8–10 luty, 1998).

sonalny niezależności tworzy mur ochronny wokół pojedynczego sędziego, a instytucjonalny wokół sądownictwa. Ze względu na wzajemne powiązania i współzależność oba aspekty niezależności są traktowane łącznie¹⁰². Nie mogą istnieć osobno¹⁰³.

Sędziowska bezstronność odnosi się do poszczególnych przypadków. Bezstronność zawsze była postrzegana jako gwarancja praw człowieka i stanowiła od niepamiętnych czasów jeden z filarów sprawiedliwości proceduralnej¹⁰⁴. Oznacza, że sędzia nie jest stronniczy względem żadnej ze stron. Jest bezstronny, jeśli jego postawa nie jest uprzednio zdeterminowana określonymi względami¹⁰⁵. Raczej kieruje się sprawiedliwością oraz własnym sumieniem. Musi być ona określona na podstawie testu subiektywnego i obiektywnego. Pierwszy wymaga uwzględnienia przekonania danego sędziego w określonej sprawie, a drugi dotyczy zapewnienia, że sędzia korzystał z gwarancji wystarczających do wykluczenia uzasadnionych wątpliwości w zakresie swojej bezstronności.

Artykuł 6 §1 Konwencji stanowi, że każdy na mocy prawa ma możliwość procesu przed niezależnym i bezstronnym sądem. Orzecznictwo ETPCz podkreśla, że bezstronność stanowi kwestię niebagatelnej wagi w społeczeństwie demokratycznym, ponieważ niezawisłe sądy budzą zaufanie publiczne. W zakresie bezstronności osobistej (test subiektywny) musi być ona domniemywana do momentu pojawienia się dowodu świadczącego przeciw. Natomiast jeżeli chodzi o test obiektywny, należy badać, czy poza osobistym postępowaniem sędziego istnieją „dające się

¹⁰² *McGonnell v. UK* ust. 48, przytoczony za A. Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 2007), s. 430.

¹⁰³ A. BARAK, *op. cit.*, s. 77–80.

¹⁰⁴ Szczególnie tradycja anglosaska, która regułą uniemożliwiającą stronniczość umniejszcza w centrum pojęcia sprawiedliwości naturalnej. Zob. s. CANE, *An Introduction to Administrative Law*, (Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 1996), s. 170–172.

¹⁰⁵ Z. TOBOR, T. PIETRZYKOWSKI, *Bezstronność jako pojęcie prawne*, w: I. BOGUCKA, Z. TOBOR, (red.), *Prawo a wartości*, (Zakamycze, 2003).

weryfikować fakty, które nasuwają wątpliwości co do jego bezstronności. Nawet pozory mogą mieć tutaj pewne znaczenie”¹⁰⁶.

Trudno jest dokonać wyraźnego rozróżnienia między niezależnością i bezstronnością. Wydaje się, że ich wzajemne powiązanie czyni zbędnymi jakiegokolwiek próby ich odrębnego traktowania za wszelką cenę¹⁰⁷. Ważne jest jednak, aby docenić wagę każdej z gwarancji. Jak słusznie zaobserwowano „jeśli sędzia nie jest niezależny, istnieje oczywiste podejrzenie, że nie jest osobą bezstronną, choć nie musi tak być – może się zdarzyć, że w danej sprawie kwestia niezależności nie ma znaczenia. Natomiast sędzia stronnicy w ogóle nie może orzekać, a pytanie o jego niezależność jest nieistotne”¹⁰⁸. Niezależność oznacza brak podległości jakiegokolwiek innemu organowi państwa, w szczególności egzekutywie. Odzwierciedla ona konstytucyjną pozycję sądownictwa. Orzecznictwo ETPCz podkreśla, że w celu „ustalenia, czy dany organ jest niezależny, trzeba mieć wzgląd, *inter alia*, na sposób powoływania jego członków i ich kadencję, na istnienie zabezpieczeń przed naciskami zewnętrznymi i kwestię, czy dany organ daje pozory niezależności”¹⁰⁹.

Przechodząc do analizy statusu sędziów i rzeczników generalnych, jest on określony w traktatach i skonkretyzowany w Statucie oraz regulaminie¹¹⁰. Członkowie Trybunału (ma to zastosowanie do sędziów

¹⁰⁶ Sprawa *Piersack v Belgium*, (1982) 5 EHRR 169.

¹⁰⁷ Warto zauważyć, że tekst *Draft Proposals for Updating Recommendation No R (94) 12 o niezależności, skuteczności i roli sędziów* będący w opracowaniu przez Grupę Specjalistów ds Niezależności, Skuteczności i Roli Sędziów, podkreśla wagę bezstronności i sugeruje poprawić Rekomendację w celu nadania większego znaczenia temu wymogowi (Strasbourg, 19 czerwca 2007, CJ-S-JUST (2007) 3), s. 5.

¹⁰⁸ S. TRECHSEL, przy współpracy z S. J. SUMMERS, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford University Press), s. 50.

¹⁰⁹ Sprawa *Bryan v. United Kingdom*, (1995) 21 EHHR 272, para 37. Zob. również C. OVEY, R. WHITE, *The European Convention of Human Rights*, (Oxford University Press, 2006).

¹¹⁰ Angielski tekst dokumentów proceduralnych w całości jest przedstawiony w T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny. Community Procedural Code*, (C.H. Beck, 2008).

i rzeczników generalnych) mają być osobami, co do których niezawisłości nie ma wątpliwości, i które mają wymagane kwalifikacje do bycia nominowanymi do najwyższych organów sędziowskich w ich krajach lub są znawcami prawa o uznanych kompetencjach¹¹¹.

Zgodnie z art. 4 Statutu Trybunału, sędziowie nie mogą pełnić żadnych funkcji politycznych i administracyjnych. Nie mogą podejmować żadnej zawodowej działalności zarobkowej lub niezarobkowej, o ile Rada, w szczególnych przypadkach, nie uchyli tego zakazu. Z chwilą powołania na stanowisko sędziego zobowiązuje się uroczyście do przestrzegania, zarówno w czasie pełnienia funkcji, jak i po jego ustaniu, zobowiązań i obowiązków wynikających z zajmowanego stanowiska, a zwłaszcza uczciwości i rozważności w obejmowaniu, po opuszczeniu stanowiska sędziego, pewnych stanowisk lub korzyści. Wszelkie wątpliwości w tym względzie rozstrzyga Trybunał.

Artykuł 3 Regulaminu precyzuje, że przed objęciem stanowiska sędziego składa na pierwszym publicznym posiedzeniu Trybunału, w którym bierze udział, ślubowanie o następującej treści: „Ślubuję powierzonym mi obowiązki wykonywać bezstronnie i sumiennie oraz dochować obowiązku zachowania tajemnicy narady sędziowskiej”. Niezwłocznie po złożeniu ślubowania sędzia podpisuje deklarację, w której uroczyście zobowiązuje się do przestrzegania, zarówno w czasie pełnienia funkcji, jak i po jego ustaniu, zobowiązań wynikających z zajmowanego stanowiska, w szczególności uczciwości i rozważności w obejmowaniu, po opuszczeniu stanowiska sędziego, pewnych stanowisk lub przyjmowania pewnych korzyści.

Artykuł 5 Statutu wskazuje m.in., że poza przypadkami normalnej wymiany lub śmierci funkcje sędziego kończą się z chwilą jego rezygnacji. Artykuł 6 przewiduje instytucję sądu przez siebie równych (tzw. *trial by one's peers*). „Sędzia może być usunięty z urzędu lub pozbawiony prawa do emerytury bądź innych podobnych korzyści tylko wówczas,

¹¹¹ Artykuł 223 ust. 1 Traktatu o WE.

gdy w jednomyślnej opinii sędziów i rzeczników generalnych Trybunału Sprawiedliwości nie spełnia już wymaganych warunków lub nie zadośćuczyni zobowiązaniom wynikającym z jego urzędu. Sędzia, o którego chodzi, nie bierze udziału w tych obradach”. W przypadku uruchomienia tej procedury sekretarz Trybunału Sprawiedliwości przekazuje decyzję Trybunału przewodniczącemu Parlamentu Europejskiego i przewodniczącemu Komisji oraz zawiadamia o niej przewodniczącego Rady. Jeżeli zapada decyzja o usunięciu sędziego z urzędu, wakat powstaje z chwilą zawiadomienia przewodniczącego Rady. Przepisy regulaminu dodają (art. 4), że w przypadku gdy Trybunał ma rozstrzygnąć, czy sędzia nadal spełnia wymagane warunki lub też czy wypełnia zobowiązania związane z piastowanym stanowiskiem, prezes Trybunału wzywa zainteresowanego do przedstawienia wyjaśnień na posiedzeniu niejawnym oraz pod nieobecność sekretarza.

Zadawane przy wielu okazjach pytanie dotyczy stopnia, w jakim krótkka i odnawialna kadencja jest wystarczająca do rozwiania wątpliwości w zakresie braku niezależności¹¹². Jak słusznie zauważa prof. Arnulf, zarówno postanowienia Statutu, jak i Regulaminu nie dotyczą kwestii podejrzenia o stronniczość w sytuacji, gdy członek Trybunału przed mianowaniem na stanowisko sędziego miał powiązania polityczne (lub innego rodzaju) z rządem, który go mianował. Cytuje on rzecznika generalnego Jacobsa, że czasami nominacja danego sędziego lub rzecznika generalnego nie zostaje odnowiona z przyczyn, które możemy uznać za arbitralne¹¹³. W tym kontekście można istotnie wskazać, że wiele państw członkowskich przyjęło system, w którym sędziowie ich trybunałów konstytucyjnych są mianowani na jedną, długą i nieodnawialną kadencję.

¹¹² Dyskusja na ten temat zob. L. N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, (Sweet and Maxwell, 2000) oraz A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005).

¹¹³ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005), s. 22.

Jednak traktat konstytucyjny¹¹⁴ utrzymuje w tej materii *status quo*, nie wprowadzając zmian ani do procesu powoływania sędziów i rzeczników¹¹⁵, ani do kadencji ich urzędu¹¹⁶. Jest jeden znaczący wyjątek. Konstytucja dodaje fazę konsultacyjną do procedury powoływania członków Trybunału. Zgodnie z art. III-357¹¹⁷ powołany zostaje komitet, którego zadaniem jest opiniowanie kandydatów do wykonywania funkcji sędziego i rzecznika generalnego w Trybunale Sprawiedliwości i Sądzie przed ich mianowaniem przez rządy państw członkowskich zgodnie z artykułami III-355 i III-356. Komitet składa się z siedmiu osób: trzech wybranych spośród byłych członków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu, członków krajowych sądów najwyższych i prawników o uznanej kompetencji, przy czym jedną z kandydatur proponuje Parlament Europejski. Rada przyjmuje decyzję europejską ustanawiającą reguły funkcjonowania komitetu oraz decyzję europejską mianującą jego członków. Rada stanowi na wniosek prezesa Trybunału Sprawiedliwości.

Ta modyfikacja zasługuje na pochwałę, ponieważ przyczyni się do zapewnienia, że członkowie Trybunału będą osobami wyposażonymi w najwyższe kwalifikacje. Jest to krok w stronę odpolitycznienia procesu nominacji. Powołanie takiego panelu nie wystarczy jednak, aby zapobiec

¹¹⁴ W powstawaniu tej pracy nie do końca jasne były jeszcze losy Traktatu z Lizbony. Szerzej zob. J. BARCZ, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, (LexisNexis, 2008). Pierwsze i nieoficjalne wyniki referendum w Irlandii wskazywały na zwycięstwo przeciwników Traktatu z Lizbony.

¹¹⁵ Artykuł III 355 akapit 1 *in fine* konstytucji przewiduje, że sędziowie będą wybierani za wspólnym porozumieniem rządów państw członkowskich po konsultacji z panelem przewidzianym w art III-357 Konstytucji.

¹¹⁶ Artykuł III-355 akapit 1 traktatu konstytucyjnego przewiduje, że sędziowie i rzecznicy generalni Trybunału Sprawiedliwości są wybierani spośród osób o niekwestionowanej niezależności i mających kwalifikacje wymagane w ich państwach do zajmowania najwyższych stanowisk sądowych lub są prawnikami o uznanej kompetencji.

¹¹⁷ W wersji polskiej przedstawianej analizy opieram się na oficjalnym tłumaczeniu przepisów konstytucji. Zastrzeżenie to jest istotne, gdyż tłumaczenie to nie jest wolne od wątpliwości i błędów, m.in. niezręczne tłumaczenie terminu „osobistości”.

nominacjom z niewłaściwych powodów¹¹⁸. Wkład panelu w proces wyboru może być cenny, zakładając, że przyznana mu zostanie moc decyzyjna. Zgadzam się z sugestią A. Arnulla, że panel powinien uzyskać kompetencję do wskazywania kandydatów na członków Trybunału z listy trzech kandydatów przedstawionych przez państwa członkowskie¹¹⁹. W ten sposób zagwarantowany zostanie uczciwy kompromis między, z jednej strony, niekwestionowanym interesem państw członkowskich w procesie wyboru składu Trybunału oraz, z drugiej strony, interesem polegającym na zapewnieniu, że Trybunał będzie się składał rzeczywiście z osób o najwyższych kwalifikacjach zawodowych i standardzie profesjonalnym.

Orzecznictwo Trybunału postrzega prawo do sądu jako nieodłączną część prawa każdego do sprawiedliwego procesu. Trybunał posługuje się terminem prawo do sądu, definiując „sąd” jako niezawisły od władzy wykonawczej¹²⁰. Należałoby w tym miejscu dodać, że prawo do sprawiedliwego procesu i prawo do sądu powinny zostać wyraźnie rozróżnione. Drugie prawo definiuje pierwsze, a nie odwrotnie¹²¹. W swoim orzecznictwie Trybunał dwa razy rozstrzygał zarzut kwestionujący bezpośrednio status sędziów z punktu widzenia prawa do sądu. W sprawie *Lubor Graal*¹²² niemiecki rząd utrzymywał, że system powoływania izb naruszał fundamentalne prawo do rozpatrzenia sprawy przez uprawnionego sędziego (niem. *gesetzlicher Richter*). Rząd niemiecki twierdził, iż Traktat dopuszczał jedynie izby złożone z pięciu sędziów, podczas gdy decyzją Trybunału z 1994 r. ustalono liczbę sędziów dla Szóstej Izby na sześciu, co nie znajduje podstawy traktatowej. Trybunał nie zgodził się

¹¹⁸ A. ARNULL, *op. cit.*, s. 24.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Połączone sprawy C - 174/98P i C - 189/98P, *Netherlands v. Van der Wal*, [2000] ECR I - 1, ust. 17 cytujący sprawę *De Wilde* w ETPCz.

¹²¹ Jest to ważne spostrzeżenie, zważywszy, że orzecznictwo Trybunału jest dalekie od konsekwencji terminologicznej.

¹²² Sprawa C - 7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein - Westfalen v. Lubor Gaal*, [1995] ECR I - 1031.

z tym, uznając, że Traktat pozwala Trybunałowi na tworzenie izb złożonych z trzech lub pięciu sędziów. Prawo to „pozostaje bez uszczerbku dla sytuacji, w której z przyczyn organizacji wewnętrznej Trybunału trzech lub pięciu sędziów, którym powierzono rozstrzygnięcie danej sprawy, może należeć do izby złożonej z większej liczby sędziów”¹²³.

Kolejny zarzut w tej sprawie kwestionował brak informacji o kryteriach wyznaczania sędziów do orzekania w konkretnej sprawie. W odpowiedzi stwierdzono, że rząd niemiecki nie kwestionował składu izby powołanej do rozstrzygnięcia tej sprawy, a izba „nie dostrzegąca niebezpieczeństwa jej składu dla praw podmiotowych stron”¹²⁴. Jednakże w późniejszym okresie i pod wpływem tych zarzutów Trybunał ustanowił automatyczny proces powoływania sędziów do izb¹²⁵. W tym sensie możemy uznać, że Trybunał wykazuje wielką proceduralną ostrożność oraz dąży do wykluczenia jakichkolwiek wątpliwości pod adresem swoich sędziów, niezależnie oczywiście od merytorycznej oceny zasadności zgłaszanych zarzutów.

Druga sprawa dotyczyła zastosowania art. 18 Statutu. Zgodnie z nim sędziowie i rzecznicy generalni nie mogą uczestniczyć w rozpoznawaniu spraw, w których uprzednio występowali jako przedstawiciele, doradcy lub adwokaci jednej ze stron albo w których zostali powołani do orzekania jako członkowie sądu, trybunału względnie komisji śledczej lub w jakimkolwiek innym charakterze. Jeżeli natomiast ze szczególnych powodów sędzia lub rzecznik generalny uważa, iż nie powinien uczestniczyć w orzekaniu lub w rozpoznawaniu określonej sprawy, powiadamia o tym prezesa. Jeżeli prezes uzna, że sędzia lub rzecznik generalny nie powinien, ze szczególnych powodów, zasiadać w składzie rozpoznającym sprawę lub przedkładać wniosków, powiadamia o tym zainteresowanego. Akapit trzeci daje Trybunałowi szcze-

¹²³ Ust. 13.

¹²⁴ Ust. 15 *in fine*.

¹²⁵ H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, (Kluwer Law International, 2001).

gólny rodzaj *compétence de la compétence*: to Trybunał rozstrzyga wszelkie wątpliwości wynikające w związku ze stosowaniem postanowień niniejszego artykułu. W końcu akapit 4 tego artykułu dodaje, że żadna ze stron nie może domagać się zmiany składu orzekającego Trybunału lub którejs z jego izb z powodu obywatelstwa sędziego lub z powodu braku w składzie orzekającym sędziego mającego obywatelstwo strony występującej z tym żądaniem.

W sprawie *Lenz*¹²⁶ skarżący złożył wniosek na podstawie art. 18 (wówczas był to art. 16) Statutu o wyłączenie od udziału w postępowaniu jednego z sędziów Sądu Pierwszej Instancji. Sąd orzekł, że nie ma potrzeby orzekania w przedmiocie wniosku, ponieważ sam sędzia wystąpił w trakcie procesu o wyłączenie z orzekania w tej sprawie¹²⁷. W rezultacie sędziego zastąpił najstarszy sędzia izby, której przewodniczył dotychczas ten sędzia. Mimo że strona zaskarżyła to orzeczenie do Trybunału Sprawiedliwości, zarzucając, że Sąd Pierwszej Instancji powinien był wydać orzeczenie w przedmiocie jej wniosku, a pominięcie faktu wyłączenia się przez sędziego ze składu orzekającego jest niezgodne z Regulaminem¹²⁸. Nie budzi więc zdziwienia, że Trybunał Sprawiedliwości skargę oddalił. Nazwisko sędziego nie było umieszczone w części wstępnej zaskarżanego postanowienia i nie odgrywał on żadnej roli w jego wydaniu. Zatem zarzut strony był oczywiście niedopuszczalny.

Podsumowując to z konieczności krótkie streszczenie orzecznictwa, niezależność i bezstronność są postrzegane przez Trybunał jako

¹²⁶ Sprawa C - 277/95P, *Lenz*, [1996] ECR I - 6109 (odwołanie od T - 462/93, 464/93, 470/93, *Lenz v Commission* postanowienie niepublikowane w Zbiorze Orzecznictwa).

¹²⁷ Jednocześnie Trybunał podkreślał, że brak było podstaw, aby w oparciu o art. 18 Statutu wykluczyć sędziego z orzekania w sprawie.

¹²⁸ Naprawdę trudno jest zrozumieć rozumowanie strony w tym względzie. Podsumowanie argumentów znajduje się w ust. 33–34 postanowienia Trybunału Sprawiedliwości. Komisja była wręcz przekonana, że odwołanie powinno zostać odrzucone z powodu nadużycia procesu (ust. 38).

elementy najwyższej wagi. Sprawa *Lenz* pokazuje gotowość sędziów do rozwiania wątpliwości w zakresie ich niezależności i bezstronności, bez względu na merytoryczną ocenę zarzutów podnoszonych w tym zakresie przez strony. Interesujące jest także, iż kwestia niezależności i bezstronności miała wpływ na proces przydzielania sprawy po uchyleniu wyroku przez Trybunał Sprawiedliwości i przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Pierwszej Instancji. Przez długi czas nie było przepisu zobowiązującego Sąd Pierwszej Instancji do przydzielenia przekazanej sprawy do rozpoznania przez inną izbę niż ta, która wydała kwestionowane orzeczenie w pierwszej instancji. Wobec milczenia Regulaminu, wewnętrzna praktyka Sądu Pierwszej Instancji polegała na wyznaczeniu innej izby do ponownego rozpoznania sprawy, choć zdarzały się wyjątki¹²⁹.

Oprócz wymogu niezawisłości i bezstronności są jeszcze inne składniki, które decydują o uznaniu naszego sędziego za dobrego.

Po pierwsze, zrozumienie, że sądzenie nie jest czynnością mechaniczną¹³⁰, ale wymaga kreatywności ze strony sędziego. Ta uwaga ma szczególne znaczenie w prawie wspólnotowym. Orzekanie nie jest bowiem jedynie procesem deklaratywnym, ale takim, w którym sędziowie rzeczywiście tworzą prawo¹³¹. W prawie wspólnotowym sędziowie

¹²⁹ H. G. SCHERMERS, D. F. WAELEBROECK podają przykład sprawy, w której tylko dzięki interwencji strony skład orzekający się zmienił, tak aby nie zasiadał w nim sędzia wcześniej orzekający w sprawie; *op. cit.*, s. 769, przypis 110. Artykuł 118 ust. 2a Regulaminu Sądu Pierwszej Instancji w wersji obowiązującej obecnie przewiduje: gdy Trybunał Sprawiedliwości uchyli wyrok lub postanowienie wydane przez jednego sędziego, prezes Sądu przekazuje sprawę izbie w składzie trzech sędziów, wśród których nie ma sędziego, który wydał uchylony wyrok lub postanowienie. Pełny tekst i tłumaczenie T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny/Community Procedural Code*, (CH Beck, Warszawa, 2008).

¹³⁰ Termin za R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, (1908) 8 Columbia Law Review 605.

¹³¹ R. A. POSNER pisał, że „faktem jest, że sędziowie tworzą prawo, a nie tylko je odnajdują i stosują” *Federal Courts: Crisis and Reform*, (1985) oraz *Problems of Jurisprudence*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1990).

często napotykają problemy i pytania nie przewidziane przez prawodawcę¹³². Wiele dziedzin prawa wspólnotowego w sposób kompleksowy uregulowało orzecznictwo¹³³. Dobry sędzia zatem to taki, który postrzega dychotomię wykładnia-stosowanie prawa jako mit, który przestał odzwierciedlać rzeczywistość orzeczniczą.

Dobry sędzia wspólnotowy musi być dostępny¹³⁴. Problem dostępności można analizować jako element autonomii proceduralnej państw członkowskich (o której piszę szerzej poniżej). Takie rozumienie terminu „dostępny sędzia”, aczkolwiek fundamentalne¹³⁵, nie jest jedynym możliwym. Istnieje także bardziej techniczne znaczenie, mianowicie przyjęty system pomocy prawnej, jego przejrzystość i efektywność¹³⁶.

¹³² Wśród licznych pozycji na ten temat zob. w szczególności analizę M. SHAPIRO, *The European Court of Justice: Of Institution and Democracy*, (1998) 32 *Israel Law Review* 3.

¹³³ Rzeczywiście interpretacja celowościowa jest niezbędna w prawie wspólnotowym, które posługuje się zadaniami oraz celami. Szerzej H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, *Judicial protection*, *os. cit.*, s. 20–27, w szczególności przykłady podane na s. 25–26.

¹³⁴ M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Clarendon Press, Oxford, 1989).

¹³⁵ F. SCHOCKWEILER, *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, (1996) 25 *Journal des tribunaux*, *Droit européen* 1, F.G. JACOBS, *Access to justice as a fundamental right in European Law*, in G. CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN, CH. ELSSEN, (red.), *Mélanges en hommage à Fernard Schockweiler*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden) C. HARLOW, *Access to Justice as a Human Right: the European Convention and the European Union*, w: S. ALSTON, (red.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999) oraz N. K. KLAMARIS, S. M. E. EFSTRATIOU, *Access to Justice as a Fundamental Right*, (1998) 51 *Revue Hellenique du droit International* 291.

¹³⁶ Wymagałoby to głębszej i szczegółowej analizy, w szczególności w kontekście orzeczeń wstępnych. Teksty proceduralne T. T. KONCEWICZ, *op. cit.*, *Analiza w C. HARLOW, Access to Justice as a Human Right: the European Convention and the European Union*, w: S. ALSTON, (red.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999), który wskazuje, że jeśli dostęp do sądu jest prawem człowieka, tak samo musi być traktowany dostęp do usług prawnych”, s. 189 oraz dyskusja s. 204–205. Zob. również K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, Wydanie 2, London, 2006), s. 587–589.

Sędzia wspólnotowy musi być przewidywalny. Jest to kluczowy aspekt statusu „dobrego sędziego”, wymagający głębokiej analizy i badań. Przewidywalność rozumiana jest jako jednolitość - przestrzeganie precedensów, uzasadnianie swoich orzeczeń w sposób charakterystyczny i odróżniający od pozostałych sądów, posługiwanie się technikami i metodami interpretacji prawa, dzięki którym strony mogą planować swoją strategię oraz wiedzą, czego się spodziewać po Trybunale i jak dotrzeć do umysłu sędziego. W ujęciu formalnym Trybunał nie jest związany swoimi poprzednimi orzeczeniami¹³⁷. Co najwyżej mogą one być traktowane jako autorytatywne uzasadnienie na potrzeby konkretnego rozstrzygnięcia. Co do zasady Trybunał postępuje zgodnie z precedensami, które ustanowił¹³⁸. Jednocześnie nie zamyka sobie możliwości ponownego przemyślenia sprawy (problemu) już w przeszłości rozstrzygniętego¹³⁹. Może to od czasu do czasu rodzić wątpliwości, czy, a jeśli tak, to które orzeczenie(a) zostało zmodyfikowane lub jedynie wyróżnione w nowej sprawie¹⁴⁰. Taki sposób procedowania nie jest do końca zado-

¹³⁷ Obszernie o precedensie i *stare decisis* w prawie wspólnotowym A. G. TOTH, *The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, (1984) 4 Yearbook of European Law 1 oraz J. J. BARCELÓ, *Precedent in European Community Law*, w: D. N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS, (red.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, (Ashgate - Dartmouth, Aldershot - Brookfield - Singapore - Sydney), s. 407, którzy dowodzą, że dyskusja na temat precedensów w Trybunale Sprawiedliwości jest daleka od rozwiązania, w szczególności s. 415–416. W literaturze polskiej zob. z. BRODECKI, T. T. KONCEWICZ, *Precedensy jako podstawa piramidy*, [w:] z. BRODECKI, (red.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, Warszawa, 2007).

¹³⁸ Odstąpienie od wcześniejszego orzeczenia zdarza się bardzo rzadko. Znaczący wyjątek to tzw. orzecznictwo parlamentarne, w którym Trybunał w sprawie *Chernobyl* odstąpił od wcześniejszego wyroku w sprawie *Comitology*.

¹³⁹ Szczegółowo na ten temat A. ARNULL, *Owing to a fallibility. Precedent and the European Court of Justice*, (1993) 30 Common Market Law Review 247 oraz *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005).

¹⁴⁰ Odstąpienie od linii orzeczniczej, bez jasnego wskazania faktu odstąpienia, rodzi wiele problemów. W takich sytuacjach, jak słusznie zauważył A. ARNULL (odnosząc się do sprawy *Bergaderm*): „po drugie, strony pozbawione zostają prawa do bycia wysłuchanym co do meritum lub innej zasady przyjętej przez sąd za podstawie roz-

walający. Wówczas tylko całościowa analiza łańcuchów orzeczniczych może wyjaśnić sporne kwestie¹⁴¹.

W moim rozumieniu przewidywalności centralne miejsce zajmuje kwestia sędziowskiej dyskrecjonalności. Dyskrecjonalność to „przyznana decydentowi kompetencja (prawo) dokonania wyboru pomiędzy dwiema lub większą liczbą alternatyw, z których każda jest zgodna z prawem”¹⁴². Badanie, jak sędziowie korzystają ze swojej dyskrecjonalności, jest zadaniem ambitnym, ponieważ wymaga analizy umysłu sędziego, który dokonując wyboru. „wazy, zastanawia się, nabiera pewnych wrażeń, sprawdza i bada”¹⁴³.

Sędzia wspólnotowy musi być osobą rozsądną. Jego decyzje muszą być oparte na sprawdzalnych, przekonywujących, przejrzystych i logicznych przesłankach¹⁴⁴. Nacisk położony jest na sposób, w jaki sędziowie dochodzą do orzeczenia, co prowadzi ich do danego orzeczenia, czyim interesom dają

strzygnięcia” Po trzeciej, Trybunał nie wskazał, że jego wyrok stanowi odstępstwo od dotychczas przyjętego orzecznictwa”; *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005), s. 629.

¹⁴¹ U. EVERLING, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, w: D. O'KEEFFE, (red.), *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, (Kluwer Law International, 2000). W polskiej literaturze T. T. KONCEWICZ, *Jak rzeczywiście zrozumieć orzecznicze przesłanki? „Łańcuchy orzeczeń” i sąd wspólnotowy*, *Palestra* 3–4/2008.

¹⁴² Definicja pochodzi z klasycznego dzieła A. BARAK, *Judicial Discretion*, (Yale University Press, New Haven and London, 1989), s. 7. Zob. również jego artykuł *The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice*, [w:] O. Wiklund, (wyd.), *Judicial Discretion in European Perspective*, (Norstedts Juridik, Kluwer Law International, 2003). Analizę Baraka należy uznać za miarodajną i mającą odniesienie również do prawa wspólnotowego, ponieważ do myśli i refleksji tam przedstawionych obszernie odwołuje się podstawowa monografia na temat dyskrecjonalności sądowej w prawie wspólnotowym. Zob. I. CANOR, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice. Security and Foreign Affairs Issues*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden).

¹⁴³ *Ibidem*. Z nowszych pozycji zob. M. I. VILLA, *Facing Judicial Discretion. Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, (Kluwer Academic Publishers, 1999).

¹⁴⁴ J. R. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, (Clarendon Press, Oxford, 1993).

pierwszeństwo i dlaczego¹⁴⁵. Jest to kontekst odkrywania¹⁴⁶. Z kolei kontekst uzasadnienia skupia się na przedstawieniu samego orzeczenia, na upublicznionych przez sędziów racjach i przesłankach, na jakich się oparli. Jak podkreśla Bengoetxea, uzasadnianie polega na wskazywaniu racji, ale nie jakichkolwiek racji, a tylko takich, które są uważane za dobre lub adekwatne¹⁴⁷. Racjonalny dyskurs praktyczny zakłada, że osoba argumentująca może przedstawić zrozumiałe uzasadnienie swojego stanowiska tylko wtedy, gdy przestrzega pewnych, z góry ustalonych zasad. Uzasadnienie musi być więc oparte na starannie wybranych i uzgodnionych regułach racjonalności¹⁴⁸.

Wymóg „rozsądnosci” oznacza jednak o wiele więcej niż samo uzasadnianie i przedstawianie racji przemawiających za podejmowanym działaniem. Jak twierdzi profesor MacCormick, „osoba rozsądna ma cnotę *prudentia*, której używa w działaniu [...] ludzie rozsądni biorą

¹⁴⁵ Szerzej o tym z. BRODECKI, T. T. KONCEWICZ, „*Wspólnotowa rozumność w Trybunale Sprawiedliwości*” – tekst złożony do druku; ukaże się w zbiorze referatów przedstawionych w trakcie konferencji 21 stycznia 2008 r. w Warszawie na temat *Rozumności rozumowań prawniczych*, zorganizowanej przez Zakład Praw Człowieka Uniwersytetu Warszawskiego we współpracy z sekcją polską Międzynarodowego Stowarzyszenia Nauk Prawnych.

¹⁴⁶ J. R. BENGOETXEA, *The Justification of Decisions by the European Court of Justice*, (Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes, 1989 nr 202), s. 5. Inne analizy z punktu widzenia sędziów wspólnotowych H. BAUER-BERNET, *Motivation et droit communautaire*, [w:] CH. PERELMAN, S. FORIERS, (red.), *La motivation des décisions de justice*, (Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978), O. DUE, *Pourquoi cette solution?* [w:] O. DUE, M. LUTTER, J. SCHWARZE, (red.), *Festschrift für Ulrich Everling, Band I*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden), s. 273, U. EVERLING, *Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities*, S. PESCATORE, *Jusqu’où le juge peut-il aller trop loin?* w: *Festschrift til Ole Due*, (1994), s. 56, S. PESCATORE, *Jusqu’où le juge peut-il aller trop loin?* [w:] *Festschrift til Ole Due*, (1994), s. 301, J. BENGOETXEA, N. MACCORMICK, L. M. SORIANO, *Integration and integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, [w:] G. DE BURCA, J. H. H. WEILER, (red.), *The European Court of Justice. Collected Courses of the Academy of European Law*, (Oxford University Press, 2001).

¹⁴⁷ J. R. BENGOETXEA, *The Justification ...*, *op. cit.*,

¹⁴⁸ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, przełożył R. ADLER i N. MACCORMICK, (Clarendon Press, Oxford, 1989), s. 191 oraz *Die Idee Einer Prozeduralen Theorie der Juristischen Argumentation*, 12 *Rechtstheorie Beiheft* 2, s. 179.

pod uwagę przewidywalne ryzyko, ale oceniają je w świetle poważnych możliwości i prawdopodobieństw, które nie mają charakteru odległych lub urojonych. Nie wyciągają pochopnych wniosków, ale rozważają dowody i biorą pod uwagę różne punkty widzenia. Mają świadomość, że rozstrzygnięcie każdego dylematu praktycznego może się wiązać z koniecznością kompromisu między różnymi interesami i wartościami. Dla rozsądnego sędziego nie istnieje hierarchia argumentów czy technik argumentacyjnych, które zawsze i wszędzie korzystają *a priori* z pierwszeństwa¹⁴⁹. »Dobry sędzia« poważnie bierze pod uwagę konkurencyjne i zbieżne wartości oraz inne racje, próbuje je uzgadniać, a w przypadkach nieuniknionego konfliktu, działać na rzecz, ogólnie ujmując, bardziej słusznych racji lub nadrzędnych wartości¹⁵⁰.

Z wymogiem rozsądnosci wiąże się wymóg spójności (koherencji). Nie wdając się w szczegóły¹⁵¹, spójność w rozumowaniu prawniczym dotyczy argumentów oraz sposobu ich powiązania¹⁵². Spójność można definiować na zasadzie negatywnej (brak niekonsekwencji) lub pozytywnej (coś więcej niż tylko logiczność twierdzeń), uwzględniając takie cechy, jak „powiązanie”, „sensowność całości”, „zwartość”, „zgodność”, „przemawianie jednym głosem”¹⁵³. Poprzez spójność sędzia dąży do

¹⁴⁹ Tytułem przykładu, wbrew powszechnie przyjętemu pogładowi, zapewnienie efektywności prawa wspólnotowemu nie jest argumentem uniwersalnym, który zawsze przeważa w rozumowaniu sędziego Trybunału. Raczej, efektywność jest ważona oraz przeciwstawiona innym interesom zasługującym na ochronę. Zob. z. BRODECKI, T. T. KONCEWICZ, *op. cit.*,

¹⁵⁰ N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, (Oxford University Press, 2005), s. 166.

¹⁵¹ Ogólnie na ten temat zob. N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, (Clarendon Press, 1994), B. LEVENBOOK, *The Role of Coherence in Legal Reasoning*, (1984) 3 *Law and Philosophy* 355, R. ALEXI, A. PECZENIK, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, (1990) 3 *Ratio Iuris* 130.

¹⁵² L. M. SORIANO, *A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice*, (2003) 16 *Ratio Iuris* 296, s. 297.

¹⁵³ S. BERTEA, *Looking for Coherence within the European Community*, (2005) 11 *European Law Journal* 154, s. 156–157 oraz literatura przywołana w przypisie dolnym 10.

ideału zrozumienia różnorodności prawa¹⁵⁴. Ma to szczególne znaczenie dla Trybunału Sprawiedliwości, który funkcjonuje na styku tradycji prawnych i kultur, jak również orzeka w świecie naznaczonym przez pluralizm prawny¹⁵⁵.

Wyzwania i zadania, jakie stoją przed sędziami Trybunału, najlepiej oddają słowa jednego z byłych sędziów. Sędzia Edward twierdzi: „Rola sędziego nie może być ograniczona do dostarczenia literalnej, technokratycznej wykładni tekstów napisanych przez innych [...] sędzia musi procedować od jednej sprawy do drugiej, starając się, gdy przychodzi moment rozstrzygnięcia, uczynić z systemu prawnego całość niesprzeczną, spójną, funkcjonalną (operatywną) oraz efektywną”¹⁵⁶. Jest to szczególnie sposób rozumienia spójności, właściwy dla prawa wspólnotowego.

Soriano mówi o koncepcji spójności, którą nazywa *nonfoundationalist*. Zgodnie z nią sędzia nie stara się określić, czym jest prawo na podstawie kryteriów spójności, ale raczej zapewnia, że system prawny jest spójną całością. To dlatego oprócz spójności przytoczona powyżej wypowiedź sędziego Edwarda zawiera odwołanie do funkcjonalności (operatywności) i „efektywności”¹⁵⁷. W tym też znaczeniu sędzia wspólnotowy dążący do spójności jest sędzią zaangażowanym. Jego orzeczenie będzie spójne nie tylko wtedy, gdy argumenty, na których się opiera, zostaną dobrze powiązane ze sobą, ale również wówczas, gdy samo orzeczenie będzie zgodne z całością systemu i jego podstawowymi zasadami¹⁵⁸.

¹⁵⁴ L. M. SORIANO, *op. cit.*, s. 302 (podkreślenie w oryginale).

¹⁵⁵ O tej złożoności zob. s. BERTEA, *op. cit.*, s. 155.

¹⁵⁶ D. EDWARD, *Judicial Activism: Myth or Reality?* [w:] A. I. L. CAMPBELL, M. VOYATZI, (red.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law*, (London, Trenton, 1996), s. 66.

¹⁵⁷ L. M. SORIANO, *op. cit.*, s. 298 i zawarta tam szczegółowa dyskusja.

¹⁵⁸ Próba rekonstrukcji procesu podejmowania decyzji w Trybunale zob. J. R. BENGOTXEA, N. MACCORMICK, L. M. SORIANO, *Integration and integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, [w:] G. DE BURCA, J. H. H. WEILER, (red.), *The European Court of Justice. Collected Courses of the Academy of European Law*, (Oxford University Press, 2001), s. 42–85.

Wreszcie, sędzia wspólnotowy musi słuchać. Na poziomie ogólnym najlepiej wyraził tę kwestię A. Barak: „U podstaw sądenia leży sędziowski temperament. Temperament to te cechy sędziego, które pozwalają mu zachować otwartość i słuchać argumentów stron, nie przerywać im oraz nie dążyć do ich stałego pouczenia. Taki sędzia powściąga swoją władzę oraz poznaje jej granice, wykazuje skromność oraz brak arogancji, które prowadzą go do zrozumienia, że nie korzysta z monopolu na mądrość; to uznanie własnej omylności i przyznanie się do błędów”¹⁵⁹. „Sądenie innych lub orzekanie o ich prawach i obowiązkach wymaga wysłuchania historii tych, którzy mają zostać osądzeni, tak aby wydane orzeczenia były zgodne z prawem oraz w miarę możliwości także sprawiedliwe”¹⁶⁰.

Te rozważania natury ogólnej nabierają większego znaczenia w prawie wspólnotowym, które funkcjonuje na styku prawa krajowego i międzynarodowego i znajduje się w stanie ciągłej wymiany koncepcji i idei¹⁶¹. W celu znalezienia jak najlepszego i najbardziej możliwego do zaakceptowania rozwiązania ponadnarodowego problemu sędzia wspólnotowy bada „puls” krajowych systemów prawnych¹⁶². Dlatego właśnie sędzia wspólnotowy musi być z definicji osobą otwartą. Musi być otwarty na argumenty stron oraz gotowy do ciągłej nauki. Wraz z tak pojmowaną otwartością przychodzą sędziowska skromność i zrozumienie, że sądenie w ponadnarodowym otoczeniu jest nieustannym procesem uczenia się. Sędzia, który zawsze słucha, nie działa nigdy automatycznie, wiedząc już uprzednio, jak należy postąpić. Warto podkreślić, że ta cecha jest ściśle powiązana z jednym z fundamentalnych elementów sprawiedliwości

¹⁵⁹ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006), s. 309–310.

¹⁶⁰ M. KIRBY, *To Judge is to Learn*, (2007) 48 *Harvard International Law Journal* 36.

¹⁶¹ O wadze tradycji krajowych zob. były rzecznik generalny P. LÉGER, *Les grands principes du droit sont à peu près les mêmes dans tous les pays d'Europe*, *EUROPE* 4/2007, s. 11.

¹⁶² K. LENAERTS, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, (2003) 52 *International and Comparative Law Quarterly* 873, s. 906.

proceduralnej - prawem do bycia wysłuchanym. To prawo zakłada nie tylko szansę stron na wpłynięcie na sędziego (aspekt formalny prawa np. przeprowadzenie rozprawy etc.), ale przede wszystkim gotowość sędziego do wysłuchania i zrozumienia argumentów i wniosków stron (aspekt mentalny prawa do bycia wysłuchanym). Dlatego „słuchanie” odróżnia sędziego od dobrego sędziego. W ten sposób przechodzimy od wymogu słuchania i wysłuchania do sędziowskiej otwartości, która odgrywa szczególną rolę w sprawiedliwości proceduralnej.

W obliczu zjawiska stałej proliferacji sądów¹⁶³ sędziowie w coraz większym stopniu orzekają w ramach „sądowej wspólnoty”, pozostają w stałych kontaktach z innymi sędziami, czytają ich orzeczenia, uczą się różnych sędziowskich stylów uzasadniania¹⁶⁴. Otwartość zawsze była i powinna pozostać integralną częścią proceduralnej gry¹⁶⁵. W przeciwnym razie w tej nowej wspólnocie sędzia będzie skazany

¹⁶³ A. M. DLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, (2003) *Harvard International Law Journal* 191, R. HIGGINS R., *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, 55 (2006) *International Comparative Law Quarterly* 791, N. LAVRANOS, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part I*, (2005) *European Environmental Law Review* 213, N. LAVRANOS, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part II*, (2005) *European Environmental Law Review* 240, N. LAVRANOS, *The MOX Plant Judgment of the ECJ: How exclusive is the jurisdiction of the ECJ?*, (2006) *European Environmental Law Review* 291, N. LAVRANOS *Protecting Its exclusive Jurisdiction: The Mox Plant-judgment of the ECJ*, (2006) *Law and Practice of International Tribunals* 479, R. LAWSON, (2000) *37 Common Market Law Review*, R. LAWSON, *Current Trends in the Relationship between Strasburg and Luxemburg*, (ERA Trier, 2–3, czerwiec, 2005). RAO, *Multiple Judicial forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation, Diversity or Cacophony?*, *New Judicial Sources of Norms in International Law – Symposium*, (2004) *Michigan Journal of International Law* 929.

¹⁶⁴ Doskonały przykład takiej sędziowskiej „burzy mózgów” przedstawiają R. BADIN-TER, S. BREYER, (red.), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, (New York University Press, 2004).

¹⁶⁵ Zob. orzecznictwo „Schmidberger – Omega” jako oznaka pozytywnej receptywności. Szczegółowo M. AVBELJ, *European Court of Justice and the Question of Value Choices: Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods*, Jean Monet Working Paper 6/04.

na porażkę. Z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej odgrywa to szczególną rolę, ponieważ Trybunał zawsze traktował art. 6 Konwencji i orzecznictwo ETPCz zbudowane na jego podstawie jako źródło inspiracji¹⁶⁶.

Podsumowując, sprawiedliwość proceduralna musi się koncentrować wokół upodmiotowionej (uprawnionej) jednostki. Taka jednostka zwraca się do sądu z pełną świadomością swojej godności i praw podmiotowych. Spotyka tam nie tylko sędziego, ale „dobrego sędziego”. Dlatego moja sprawiedliwość proceduralna zasadza się na prawie do „dobrego sędziego”. ■

¹⁶⁶ S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis*, (2006) 43 Common Market Law Review 629.

ROZDZIAŁ DRUGI

Procedury w prawie wspólnotowym. Badanie wpływu

1. PROCEDURALIZACJA PRAWA WSPÓLNOTOWEGO. ZAŁOŻENIA WSTĘPNE

Moja teza badawcza zmierza do wykazania, że procedury powinny być postrzegane jako trzon systemu prawnego Wspólnoty¹⁶⁷. Stałe rozprzestrzenianie się regulacji prawnej oraz nieustanny proces europeizacji¹⁶⁸ przekładają się na wzrost oczekiwań ze strony jednostek, że każde roszczenie oparte na rozwijającym się i ewoluującym systemie prawnym Wspólnoty zostanie rozpatrzone i rozstrzygnięte w uczciwy, transparentny, zrozumiały i spójny sposób przez bezstronnego i niezależnego sędziego¹⁶⁹. Procedura zaczyna istotnie funkcjonować jak lustro, w którym wiernie odzwierciedlone są szczytne ideały wolności i sprawiedliwości, ważne kwestie dotyczące relacji między jednostkami,

¹⁶⁷ Zob. też interesującą analizę s. LEFEVRE, *Rules of procedure do matter: the legal status of the institutions' power of selforganization*, (2005) 30 *European Law Review* 802.

¹⁶⁸ R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, (Montchrestien, 1998), s. 148.

¹⁶⁹ H. SCHEPPEL, E. BLANKENBURG, *Mobilizing the European Court of Justice*, [w:] G. DE BURCA, J. H. H. WEILER, (red.), *The European Court of Justice. The Collected Courses of the Academy of European Law*, (London, 2001), s. 9.

grupami społecznymi oraz państwami¹⁷⁰. Sprawy Parlamentu Europejskiego i stosowania prawa wspólnotowego za pośrednictwem krajowych sądów i procedur potwierdzają słuszność tej tezy¹⁷¹. Aby w pełni docenić procedurę, musimy przestać myśleć w kategoriach procedur jako tylko dopełnień praw podmiotowych.

Z tej perspektywy konieczne jest przejście od zasady *ubi ius ibi remedium* do *ubi remedium ibi ius*. Procedura staje się autonomicznym źródłem sprawiedliwych orzeczeń. Proces proceduralizacji może być rozumiany na dwa sposoby: szeroki i wąski. Zgodnie z tym pierwszym procedury są tworzone w celu polepszenia jakości systemu prawnego¹⁷². Druga koncepcja proceduralizacji, szczególnie istotna dla niniejszej analizy, oznacza mechanizmy proceduralne zorientowane na doskonalenie poszanowania prawa. Ewolucja orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz) może być pomocna w dostrzeżeniu i zrozumieniu, jak prawo staje się dziś „proceduralne”¹⁷³. Z jednej strony procedury (i jest to klasyczne podejście)¹⁷⁴ są postrzegane jako dopełnienie praw materialnych zagwarantowanych w Konwencji.

Państwa członkowskie podlegają pozytywnemu zobowiązaniu podejmowania działań w celu zapewnienia *effet utile* praw podmioto-

¹⁷⁰ M. CAPPELLETTI, *op. cit.* s. 73.

¹⁷¹ Ogólnie T. T. KONCEWICZ, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Dynamiczna koncepcja wspólnotowego wymiaru sprawiedliwości* (Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa, 2006).

¹⁷² W szczególności P. COPPENS, J. LENOBLE, (red.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, (Bruxelles, Bruylant, 2000), s. 437.

¹⁷³ E. DUBOUT, *La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la cour européenne des droits de l'homme*, (2007) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 397, s. 398.

¹⁷⁴ Już G. Jellinek twierdził, że prawa podmiotowe bez procedur są niedoskonałe w przeciwieństwie do praw podmiotowych, których można dochodzić na drodze sądowej. Przydatne podsumowanie trwającej dyskusji na temat tych relacji zob. J. HELIOS, *Miejsce prawa europejskiego proceduralnego we wspólnotowym porządku prawnym*, w: J. KACZOR, (red.), *Teoria prawa europejskiego*, (Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław, 2005).

wych. Z drugiej strony (jest to podejście inspirowane procedurą) procedury się autonomizują¹⁷⁵. Działanie, jakiego wymaga się od państw, dotyczy procedur, a nie praw podmiotowych. W ten sposób prawo zagwarantowane w Konwencji ma charakter dwuwymiarowy: materialny (ochronę, np. życia, własności etc.) i proceduralny. Autonomizacja wymiaru proceduralnego prawa polega na tym, że naruszenie Konwencji wynika z braku poszanowania procedury i jest niezależne od braku poszanowania prawa materialnego gwarantowanego Konwencją. W swojej analizie Dubout datuje początek procesu emancypacji proceduralnej w orzecznictwie ETPCz od wyroku Wielkiej Izby w sprawie *McCann v. United Kingdom*¹⁷⁶. Zdaniem ETPCz w sprawie śmierci kilkadziesiąt osób podczas operacji antyterrorystycznej obowiązkiem państw członkowskich jest przeprowadzenie efektywnego śledztwa. Jednak dopiero wzmożony wpływ do ETPCz „spraw tureckich”, dotyczących tajemniczych zaginięć osób podejrzanych, spowodował mocne ugruntowanie się tej proceduralnej tendencji w orzecznictwie. Obecnie „proceduralny aspekt” Konwencji jest ugruntowany jako jeden z kluczowych elementów jurysprudencji w zakresie ochrony praw człowieka¹⁷⁷.

Przechodząc do prawa wspólnotowego, proceduralizacja jest koncepcją, którą powinno się analizować na dwóch poziomach: krajowym i wspólnotowym. Z jednej strony -na poziomie Wspólnoty nie ma lepszego i bardziej znanego przykładu proceduralizacji niż emancypacja sądowa Parlamentu Europejskiego na podstawie art. 230 Traktatu

¹⁷⁵ Ogólnie na ten temat zob. R. SUMMERS, który zaleca większe niż dotychczas docenienie formalnych aspektów prawa. Tak już w *Plea for process based values*, (1974) Cornell Law Review. W podobnym tonie są jego nowsze prace *How law is formal* (1997) Cornell Law Review i *Form and Function in a Legal System – A General Study*, (Cambridge University Press).

¹⁷⁶ E. DUBOUT, *La procéduralisation*, *op. cit.* s. 399.

¹⁷⁷ Rozróżnienie między *volet substantial* i *volet procédural* po raz pierwszy pojawiło się przy wspólnym zdaniu odrębnym sędziów Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall i Zupančič w sprawie *Labita v. Italy*. Zob. E. DEBOUT, *op. cit.*, s. 398, w przypisie dolnym 6.

o WE. Wyjście przez Parlament z cienia nastąpiło właśnie dzięki procedurom legislacyjnym. Procedury te były z kolei chronione w postępowaniu sądowym. Bez dostępu do sali sądowej nowo przyznane uprawnienia legislacyjne Parlamentu byłyby czysto iluzoryczne¹⁷⁸. Jednak w celu uzasadnienia tezy o proceduralizacji na poziomie Wspólnoty wybrałem bardzo nietypową sprawę *Zwartweld*. Ukazuje ona, jak sąd krajowy uzyskał dostęp do Trybunału poprzez orzeczniczo stworzoną procedurę na potrzeby tej konkretnej sprawy oraz w jaki sposób język procedury zdominował perspektywę Trybunału.

¹⁷⁸ Pośród wielu analiz zob. w szczególności A. ARNULL, *Does the Court of Justice have an inherent jurisdiction?*, (1990) 27 Common Market Law Review 683 and *The European Court and judicial objectivity: A reply to Professor Hartley*, (1996) 112 Law Quarterly Review 411, G. BEBR, *Case note on „Chernobyl”*, (1991) 28 Common Market Law Review 663 and *The Court of Justice: judicial protection and the rule of law* in D. CURTIN, T. HEUKELS, (red.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), K. ST. C. BRADLEY, *The Variable Evolution of the Standing of the European Parliament in Proceedings Before the Court of Justice*, (1989) 8 Yearbook of European Law 27 and *Sense and Sensibility: Parliament v Council continued*, (1991) European Law Review 245, V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *Note sur l'affaire Les Verts*, (1987) Recueil Dalloz Sirey 79, V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *Note sur l'affaire Les Verts*, (1987) Journal du droit international 409, V. CONSTANTINESCO, *Note sur l'affaire C - 70/88*, (1991) Journal du droit international 451, J. P. JACQUÉ, *Note sur l'affaire Les Verts*, (1986) Revue trimestrielle de droit européen 500, J. P. JACQUÉ, *La légitimation du Parlement européen ou il n'était pas nécessaire d'espérer pour entreprendre*, (1990) 26 Revue trimestrielle de droit européen 620, P. PESCATORE, *Reconnaissance et controle judiciaire des actes du Parlement européen*, (1978) Revue trimestrielle de droit européen 594, F. SCHOCKWEILER, *La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions?* (1995) 4 Journal des tribunaux 73, M. THILL, *Le défaut de qualité du Parlement européen pour agir en annulation au titre de l'article 173 du Traité CEE: l'arrêt de la Cour de justice du 27 septembre 1988 et ses implications sur d'autres aspects du contentieux communautaire*, (1989) 25 Cahiers de droit européen 367, M. THILL, *Recent Case-Law of the Court concerning the European Parliament*, W. PAPPAS, S.A., *Current Trends and Developments in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities: Annual Review vol. 1*, (European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994), J. A. USHER, *How limited is the jurisdiction of the European Court of Justice*, in J. DINE, S. DOUGLAS-SCOTT, I. PERSAUD, (red.), *Procedure and the European Court*, (1991), J. H. H. WEILER, *Pride and Prejudice - Parliament v Council*, (1988) 13 European Law Review 334.

Z drugiej strony - na poziomie krajowym rosnąca rola procedur jest ukazana poprzez proces stosowania i wykładni prawa wspólnotowego przez sądy krajowe. W tym procesie kwestie dostępności oraz treści procedury odgrywają zasadniczą rolę. Zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich, wspólnotowe prawa podmiotowe podlegają ochronie za pośrednictwem procedur krajowych. Istnieje jednak wiele przykładów sytuacji, w których prawo podmiotowe wymagało określonej procedury, a w przypadku braku procedury wymuszało jej skonstruowanie: innymi słowy, *ubi remedium, ibi ius*¹⁷⁹. Pojawia się zatem pytanie, jaka jest dokładnie relacja między wspólnotowym prawem podmiotowym a procedurą krajową, skoro to pierwsze może wymagać o wiele więcej niż po prostu stosowania procedur krajowych?¹⁸⁰

2. NA CZYM POLEGA ZNACZENIE PROCEDUR W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM. STUDIUM PRZYPADKU

2.1. POZIOM WSPÓLNOTOWY. SPRAWA C-2/88, *IMM ZWARTVELD*: AUTONOMICZNA PROCEDURA DOSTĘPU SĘDZIÓW KRAJOWYCH DO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Sprawa została przekazana przez sąd holenderski w związku z toczącym się przed nim postępowaniem karnym w przedmiocie nadużyć finansowych związanych z funkcjonowaniem polityki rybołówstwa. Sędzia prowadzący postępowanie uznał za konieczne uzyskać wgląd do dokumentacji sporządzonej w czasie stosownych inspekcji przez pracowników Komisji oraz przesłuchać jej inspektorów w charakterze świadków. Jego wniosek spotkał się z odmową Komisji, która wskaza-

¹⁷⁹ Odsyłam do opinii rzecznika generalnego Mischo w sprawie *Francovich*. Ostatnio również J. S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, (2003) 9 *European Law Journal* 599.

¹⁸⁰ T. EILMANSBERGER, *op. cit.* Również z. BRODECKI, (red.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, 2007), w szczególności na temat zasady *ubi ius ibi remedium*.

ła, że dokumenty z inspekcji są materiałami wewnętrznymi Komisji i jako takie nie mogą zostać przekazane sądowi. Komisja nie wyraziła także zgody na przesłuchanie swoich inspektorów przed sądem krajowym. Po otrzymaniu odmownego stanowiska Komisji sędzia holenderski postanowił przekazać sprawę do Trybunału. Zdaniem Komisji wniosek sądu krajowego był niedopuszczalny. Komisja wskazała, że Traktat musi być postrzegany jako zawierający wyczerpującą regulację w zakresie jurysdykcji Trybunału oraz dostępu do sądów krajowych. Współpraca między Trybunałem a sądami krajowymi zawsze następuje w ramach procedury określonej w art. 234 Traktatu o wydanie orzeczenia prejudycjalnego.

Trybunał nie podzielił tego stanowiska Komisji¹⁸¹. Przyznał jej wprawdzie rację, w zakresie w jakim wskazywała na brak przepisu szczegółowego powierzającego Trybunałowi jurysdykcję, nie zgodził się jednak z jej konkluzją, że brak taki musi prowadzić automatycznie do uznania wniosku za niedopuszczalny. W opinii Trybunału podstawa jurysdykcji winna być poszukiwana i może zostać znaleziona w Traktacie, co wynika ze szczególnego charakteru prawa wspólnotowego. Na samym początku Trybunał wskazał podstawy, wokół których zamierza skoncentrować swoje rozumowanie. Trybunał rozpoczął więc od odwołania się do swoich dwóch wyroków konstytucyjnych w sprawach *Costa v. Enel*¹⁸² i *Les Verts*¹⁸³. Wskazując na sprawę *Costa v. Enel*, Trybunał przywołał ustęp, w którym czytamy, że „Traktat stworzył swój własny system prawny, który stał się integralną częścią krajowych porządków prawnych”. Sprawę zaś *Les Verts* cytował, nawiązując do ustępu, w którym uznał, że „Wspólnota oparta jest na rządach prawa”. Z zasady oparcia Wspólnoty na „rządach prawa” Trybunał wy-

¹⁸¹ Szczegółowo J. S. WATSON, *Case note on Zwartveld*, (1991) 28 Common Market Law Review 428 i D. SIMON, *Note sur l'affaire Zwartveld*, (1991) Journal du droit international 445.

¹⁸² Case 6/64, [1964] ECR 585.

¹⁸³ Case 294/93, [1986] ECR 1339.

wnioskował, że art. 10 Traktatu musi być interpretowany w sposób rozszerzający: zasada lojalnej współpracy nakłada obowiązki nie tylko na państwa członkowskie, ale także na instytucje wspólnotowe¹⁸⁴. Odnosząc te uwagi do stanu faktycznego rozstrzyganej sprawy, Trybunał stwierdził, że ilekroć wniosek o udzielenie pomocy pochodzi od sądu krajowego, który prowadzi śledztwo w przedmiocie rzekomych naruszeń prawa wspólnotowego, zasada lojalnej współpracy wymaga, aby każda z instytucji wspólnotowych uczyniła wszystko, co konieczne w celu pomocnego załatwienia sprawy. Trybunał odwołał się do art. 220 Traktatu, uznając, że z mocy tego właśnie przepisu jego obowiązkiem jest zapewnienie, że właściwy środek ochrony prawnej będzie dostępny w celu kontroli, czy Komisja spełnia ciążący na niej obowiązek lojalnej współpracy.

Po takim nakreśleniu kontekstu jurysdykcyjnego należy przejść teraz do proceduralnego aspektu sprawy *Zwartveld*. Przestrzeganie prawa zgodnie z art. 220 Traktatu o WE oznacza, że Trybunał zapewnia respektowanie art. 10 „poprzez procedurę prawną stosowaną do celu założonego i realizowanego przez organ krajowy”¹⁸⁵. Wprowadzenie przez Trybunał terminu „procedura prawna” w rozpatrywanej sprawie było novum. To dzięki procedurze i jurysdykcji Trybunał jest w stanie zapewnić przestrzeganie art. 10 Traktatu. Procedura jest zatem przedstawiona jako nowy element: dotąd terminologia Trybunału była zdominowana przez „kompetencje”, „jurysdykcję”, „podstawy jurysdykcyjne”. Interesu-

¹⁸⁴ Na temat artykułu 10 Traktatu o WE i terminologii zob. L. CONSTANINESCO, *L'Article 5 de la Bonne Foi à la Loyauté Communautaire*, w: F. CAPORTORI (red.), *Du droit international au Droit de l'Intégration. Liber Amicorum P. Pescatore*, (Nomos, 1987), p. 97, O. DUE, *Article 5 du Traité CEE. Une Disposition de Caractère Fédéral?* (1991) 2 *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. II, s. 23 and K. MORTTELMANS, *The Principle of Loyalty of the Community (article 5) and the Obligations of the Community Institutions*, (1998) 5 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 67.

¹⁸⁵ We francuskiej wersji postanowienia czytamy „[...] par une voie de droit adaptée à l'objectif que cette autorité poursuit” (wyróżnienie T. T. K.).

jące, że także w literaturze pojawiły się sugestie położenia większego niż dotychczas nacisku na procedury i środki ochrony prawnej, tym bardziej że podział na „kompetencje” i „uprawnienia” wywołuje wiele wątpliwości. Procedury są wówczas rozumiane jako „reguły wskazujące sposób korzystania z kompetencji lub, innymi słowy, jako „funkcje w działaniu”¹⁸⁶. Korzystanie z kompetencji musi być zgodne z pewnymi wymogami i ograniczeniami proceduralnymi. W ten sposób kompetencje są dopełniane przez procedury.

Ta perspektywa i podejście proceduralne nie są nowe. Już w sprawie *Les Verts* teza o kompletności wspólnotowego systemu ochrony prawnej odnosiła się zarówno do środków ochrony prawnej, jak i do procedur. W sprawie *Zwartveld* Trybunał nie tylko powraca do tego wątku, ale dodaje nowe elementy. Traktat nie przewidział procedury, na podstawie której Trybunał mógłby zobowiązać Komisję do dostarczenia dokumentów wymaganych przez sąd krajowy, skoro jedynym przepisem regulującym relację Trybunału z sądami krajowymi jest art. 234 Traktatu o WE. Dlatego postanowienie w sprawie *Zwartveld* należy postrzegać jako nową proceduralną drogę dostępu sędziów krajowych do Trybunału.

Podjmując w tym miejscu próbę rekonstrukcji tej nowej orzeczniczej procedury, należy wskazać na następujące warunki. Po pierwsze, instytucje krajowe (nie tylko sądy) zobowiązane do stosowania prawa wspólnotowego spotykają się ze strony jednej z instytucji wspólnotowych z odmową współpracy w związku z prowadzonym przez siebie postępowaniem w sprawie rzekomych naruszeń prawa wspólnotowego. Wniosek krajowego organu powinien precyzować, jaka pomoc jest wymagana i jakiemu ma służyć celowi. Specyfikacja ma kluczowe znaczenie, ponieważ determinuje przyszłą jurysdykcję Trybunału. Na podstawie tej informacji Trybunał będzie mógł stwierdzić o ewen-

¹⁸⁶ A. J. G. IBANEZ, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, (Hart Publishing, Oxford - Portland, 1999), s. 53.

tualnej nieprawidłowości w postępowaniu instytucji wspólnotowej (jej odmowie) z perspektywy lojalnej współpracy¹⁸⁷. Po drugie, organ krajowy przekazuje wniosek do Trybunału, który z kolei zwraca się do właściwej instytucji wspólnotowej z prośbą o przedstawienie stanowiska i szczegółowego uzasadnienia negatywnej decyzji. Po trzecie, po wysłuchaniu rzecznika generalnego Trybunał postanawia, czy odmowa była uzasadniona i, w zależności od ustaleń, może nakazać instytucji realizację wniosku organu krajowego. Procedura ta powinna być odróżniona od postępowania prejudycjalnego na podstawie art. 234 Traktatu. „Procedura *Zwartveld*” ma bowiem charakter *sui generis*, a podstawą jest orzeczenie Trybunału¹⁸⁸. Konieczność takiego odróżnienia dotyczy jednak nie tylko celu, ale również warunków wprowadzenia procedury w życie¹⁸⁹.

Sprawa *Zwartveld* pokazuje, jak potężny może być język procedury. Jeśli nawet przyjąć, że w tym przypadku procedura była zorientowana na wynik (przestrzeżenie art. 10 Traktatu przez instytucje i rzeczywista współpraca z krajowymi organami nadzorującymi przestrzeganie prawa wspólnotowego), musi mieć ona charakter „odpowiedni” oraz „efektywny”. Dzisiaj możemy jedynie stwierdzić, że postanowienie Trybunału nie odkryło jeszcze przed nami wszystkich swoich konsekwencji. To musi nastąpić w przyszłości. Mając jednak na uwadze, że orzecznictwo Trybunału ma charakter stopniowy i inkrementalny, czas powołania się nań dopiero nadejdzie. Jedno jest pewne: sprawa *Zwartveld* ma ogromną choć nieujawnioną do końca, wartość precedensową.

¹⁸⁷ W tym tonie G. BEBR, *Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law* in D. CURTIN, T. HEUKELS, (red.) *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of H.G. Schermers. Vol. II*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994), s. 326.

¹⁸⁸ W momencie pisania swojej glosy, J. S. WATSON był zdania, że Konferencja Międzyrządowa powinna wziąć to postanowienie pod uwagę i odpowiednio zmodyfikować traktatowy system ochrony prawnej; *op. cit.*, s. 436. Dotychczas jednak „procedura *Zwartveld*” nie była przedmiotem zainteresowania Konferencji Międzyrządowej. Dlatego jej autorytet wynika w całości z orzeczenia Trybunału.

¹⁸⁹ G. BEBR, *op. cit.*, s. 326.

2.2. POZIOM KRAJOWY. MIĘDZY PROCEDURALNĄ DOSTĘPNOŚCIĄ A PROCEDURALNĄ ZAWARTOŚCIĄ

2.2.1. WPROWADZENIE

Prawo wspólnotowe nie zawiera odrębnej regulacji proceduralnej na wzór państw członkowskich. Prawdą jest, że bezpośredni skutek, interpretacja pro-wspólnotowa, odpowiedzialność odszkodowawcza są wynikiem kreatywności orzeczniczej Trybunału. Z drugiej jednak strony do krajowego ustawodawcy należy wyznaczenie właściwych sądów oraz określenie regulacji proceduralnej, na podstawie której jednostki dochodzą ochrony swoich bezpośrednio skutecznych praw podmiotowych. Krajowe systemy ochrony prawnej są pierwszą i naturalną instancją dla tych, którzy dochodzą swoich praw. Oznacza to, że zapewnienie efektywności praw i ochrona jednostek w obszarze prawa wspólnotowego zależą od organizacji i rozwiązań przyjętych w krajowych procedurach.

Ochrona prawna przyznana wspólnotowemu prawu podmiotowemu jest zawsze końcowym rezultatem krajowej procedury. Dlatego elementem dominującym w orzecznictwie Trybunału jest zapewnienie, że stosowanie i wykładnia prawa wspólnotowego podlegają kontroli sądowej. Zdecentralizowany system ochrony prawnej opiera się na sądach krajowych, zobowiązanych, w charakterze sojuszników Trybunału, do zapewnienia pełnej efektywności wspólnotowych praw podmiotowych.

Prawo podmiotowe, które jednostka wywodzi z prawa wspólnotowego, będzie efektywne tylko wówczas, gdy można go będzie dochodzić w procesie sądowym. Innymi słowy, pierwszą kwestią jest dostęp do sądu, a drugą jakość ochrony prawnej, do udzielenia której uprawniony jest sąd krajowy. Państwa członkowskie są zobowiązane wyznaczyć kompetentny sąd, do którego mogą się zwracać obywatele w celu ochrony ich praw.

Orzecznictwo Trybunału w tym zakresie ma charakter ewoluujący. W literaturze uzasadniano możliwość wyróżnienia i zdefiniowania kilku generacji orzeczniczych, których wyróżnienie zależy od intensywności,

z jaką Trybunał wymagał zapewnienia *effet utile* prawa wspólnotowego w procedurach krajowych¹⁹⁰. Ewolucję w podejściu Trybunału można pogrupować następująco (pamiętając jednak, że mamy do czynienia z procesem, który trwa). Pierwsza faza dotyczyła autonomii proceduralnej państw członkowskich. Druga podkreślała pełną efektywność wspólnotowych praw podmiotowych. Trzecia koncentrowała się wokół dążenia do proceduralnego ekwilibrium i proporcjonalności. W czwartej fazie Trybunał wydaje się wracać do punktu wyjścia (krajowej autonomii proceduralnej), ale tym razem konstruowanej jako wzruszalne domniemanie.

Nie jest moim celem odtworzenie w tym miejscu ewolucji tego orzecznictwa, procesu, który jest dobrze znany i opisany w literaturze¹⁹¹. Uwagę skupiam raczej na sposobie dochodzenia przez obywateli swoich praw. Jeśli przyjrzymy się najważniejszym sprawom rozstrzyganym

¹⁹⁰ M. DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers. Rapport général*, w: *Remedies for breach of Community Law, Vol. I*, (FIDE Londyn, 1980), D. CURTIN, K. MORTELMANS, *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script*, w D. CURTIN, T. HEUKELS, (ed.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1994).

¹⁹¹ W ramach przykładu, w żadnym wypadku nie wyczerpującego tematu, odsyłam do A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005), L. J. BRINKHORST, H. G. SCHERMERS, *Judicial Remedies in the European Communities. A Case-Book*, (Kluwer, 1977), Z. BRODECKI, (red.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, Warszawa, 2007), P. CRAIG, G. DE BURCA, G., *European Union Law: text, cases and materials*, (Oxford University Press, 3rd edition, 2003), M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004), P. J. G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities from Maastricht to Amsterdam*, (Kluwer Law International, London-Hague-Boston, 1998), K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, London, 2nd edition, 2006), S. PRECHAL, *Directives in European Community Law. A study of directives and their enforcement in national courts*, (Oxford University Press, 2nd edition, 2005), H.G. SCHERMERS, D.F. WELBROECK, D.F., *Judicial protection in the European Union*, (Kluwer Law International, 6th edition, 2001), D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, (Presses Universitaires de France, Paris, 3rd edition, 2000), S. WEATHERILL, P. BEAUMONT, P., *EC Law—essential guide to the legal workings of the Community*, (Penguin Books, 3rd edition,

przez Trybunał, wszystkie trafiały tam *via* art. 234 Traktatu i sądy krajowe. Dlatego kwestią o fundamentalnym znaczeniu jest zapewnienie jednostkom dostępu do sądu i postępowania sądowego. Kluczowym przedmiotem zainteresowania czynimy więc kwestię dopuszczalności i dostępności procedury. Na tym etapie pytanie natury jakościowej, a więc o sposób ukształtowania procedury, pozostaje na dalszym tle.

1999). Głębsza analiza zob. R. CARANTA, *Judicial protection against Member States: a new ius commune takes place*, (1995) 32 *Common Market Law Review* 703 and *Learning from our neighbours: Public Law Remedies—Homogenization from Bottom Up*, (1997) 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 220, P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 453, *Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability*, (1993) 109 *Law Quarterly Review* 595, *Once More unto the Breach: The Community, the State and Damages Liability*, (1997) 113 *Law Quarterly Review* 67 and *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, (1997) 22 *European Law Review* 519, D. CURTIN, *State Liability Under Community Law: a New Remedy for Private Persons*, (1992) 21 *Industrial Law Journal* 74 oraz *The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders, in Constitutional adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr Justice T. F. O'Higgins*, (Butterworths, Dublin, 1992), E. DEARDS, *Brasserie du Pêcheur: Snatching Defeat from the Jaws of the Victory?* (1997) 22 *European Law Review* 630 and *Curiouser and Curiouser? The Development of Member State Liability in the Court of Justice*, (1997) 3 *European Public Law* 117, G. DE BURCA, *Giving effect to European Community Directives*, (1992) 55 *Modern Law Review* 215, J. S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, (2003) 9 *European Law Journal* 599, P. ELEFThERiADIS, *The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues*, (1996) 16 *Yearbook of European Law* 205, M. L. F. ESTEBAN, *National Judges and Community Law: The Paradox of the Two Paradigms of Law*, (1997) 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 143, R. J. GOEBEL, *Achieving Full Effectiveness of Community Law: The Court of Justice's Third Stage of Enforcement Rules, in Implementation, Compliance and Effectiveness. Proceedings of the 91st Annual Meeting of the American Society of International Law*, (The American Society of International Law, Washington, 1997), CH. M. G. HIMSWORTH, *Things falling apart: The Harmonisation of Community Judicial Procedural Protection Revisited*, (1997) 22 *European Law Review* 291, E. F. HINTON, *Strengthening the Effectiveness of Community Law: Direct Effect, Article 5 and the European Court of Justice*, (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 307, M. Hoskins, *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, (1996) 21 *European Law Review* 365, T. Heukels, *Case note on Van Schijndel and Peterbroeck*, (1996) 33 *Common Market Law Review* 337, J. T. LANG, *Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty*, (1990) 27 *Common Market*

Punktem wyjścia jest znów jednostka i jej prawo podmiotowe. Jeśli jest ono przestrzegane i w pełni efektywne, nie ma problemu, skoro mamy do czynienia z sytuacją, którą możemy określić jako „naturalne zastosowanie”. Jeśli jednak prawo podmiotowe wywodzone z porządku prawnego Wspólnoty nie jest przestrzegane, jest ograniczane, interpretowane zbyt wąsko, etc., jednostka musi wystąpić do sędziego krajowego i skorzystać z istniejącego krajowego otoczenia proceduralnego. Zgodnie z „autonomią proceduralną”¹⁹² skuteczność i szybkość ochrony prawnej są w rękach sędziów krajowych, wykorzystujących procedury i środki krajowe. Przekaz zawarty we wczesnej (pierwszej) fazie orzecz-

Law Review 645, *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, (1997) 22 *European Law Review* 3 and *The Principle of Effective Protection of Community Law Rights*, in D. O'KEEFFE, (red.), *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, (Kluwer Law International, 2000), I. MAHER, *National Courts as Community Courts*, (1994) 14 *Legal Studies* 226, C. P. MARTIN, *Furthering the effectiveness of EC directives and the judicial protection of individual rights thereunder*, (1994) 43 *International and Comparative Law Quarterly* 26, S. PRECHAL, *Remedies after Marshall*, (1990) 27 *Common Market Law Review* 451, *EC Requirements for an Effective Remedy*, in A. BIONDI, J. LONBAY, (ed.), *Remedies for Breach of EC law*, (Wylie, 1997), *Community law in national courts: lessons from Van Schijndel*, (1998) 35 *Common Market Law Review* 681, *EC requirements for an effective remedy*, in J. LONBAY, A. BIONDI, (ed.), *Remedies for Breach of EC law*, (Wylie, 1997) and *Does direct effect still matter?* (2000) 37 *Common Market Law Review* 1047, M. ROSS, *Beyond Francovich*, (1993) 56 *Modern Law Review* 55, H. Toner, *Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame (III)*, (1997) 17 *Yearbook of European Law* 165, W. VAN GERVEN, *The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: the Reality of Catchwords*, in D. CURTIN, T. HEUKELS, (ed.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), *Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?*, (1995) 32 *Common Market Law Review* 679 and *Of Rights, Remedies and Procedures*, (2000) 37 *Common Market Law Review* 501, A. WARD, *Effective Sanctions in EC Law: A moving Boundary in the Division of Competences*, (1995) 1 *European Law Journal* 205, J. H. H. WEILER, *A Quiet Revolution—The European Court of Justice and its Interlocutors*, (1994) 26 *Comparative Political Studies* 510.

¹⁹² Zob. także zastrzeżenia C. N. KAKOURISA, *Do the Member States possess judicial procedural autonomy?* 34 (1997) *Common Market Law Review* 1389. Kwestionuje on poprawność korzystania z terminu „autonomia proceduralna państw członkowskich”.

nictwa mówił, że prawo wspólnotowe nie ma na celu tworzenia nowych środków ochrony prawnej przed sądami krajowymi innych niż te już dostępne na poziomie krajowym¹⁹³. Obowiązkiem państw członkowskich na podstawie art. 10 Traktatu było określenie, który sąd korzysta z jurysdykcji (jest właściwy), jaką procedurę stosuje i jak konkretna procedura jest ukształtowana. Nacisk położony był zatem na dostępność sądu i procedury do egzekwowania prawa wspólnotowego. Ta swoboda proceduralna podlegała dwóm warunkom określonym przez wspólnotowe orzecznictwo: zasadzie ekwiwalencji i efektywności (czasami zwanej „możliwością praktyczną”)¹⁹⁴. Zgodnie z pierwszą, materialne i proceduralne warunki dotyczące występowania z roszczeniami w celu ochrony wspólnotowych praw podmiotowych nie mogą być mniej korzystne niż warunki znajdujące zastosowanie do „roszczeń krajowych”. Zgodnie z drugą, warunki materialne i proceduralne nie mogą być sformułowane w sposób uniemożliwiający korzystanie z prawa podmiotowego wywodzonego ze wspólnotowego systemu¹⁹⁵.

2.2.2. DOSTĘP DO PROCEDURY SĄDOWEJ

Dostęp do sądu umożliwia jednostce dorealizację jej praw podmiotowych. Prawo do sprawiedliwej i szybkiej procedury sądowej jest bezwartościowe, jeśli nie ma możliwości wystąpienia do sądu w pierwszym rzędzie¹⁹⁶. Ma to szczególne znaczenie dla prawa wspólnotowego, ponieważ, jak słusznie zaobserwowano, dostęp do wymiaru sprawiedliwości jest ściśle powiązany z bezpośrednim skutkiem. „Istotnie

¹⁹³ Sprawa 158/80, *Rewe v Hauptzollamt Kiel*, (tzw. sprawa „Butter-buying cruise”), [1981] ECR 1805.

¹⁹⁴ P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text. Cases and Materials*, (Oxford University Press, 2003).

¹⁹⁵ Te dwa warunki pochodzą ze spraw 33/76, *Rewe*, [1976] ECR 1989 i 45/76, *Comet*, [1976] ECR 2043. Do dzisiaj były wielokrotnie powtarzane, jedynie z niewielkimi modyfikacjami.

¹⁹⁶ ETPCz w sprawie *Golder v UK*, (1975) 18 EHRR 524.

bezpośredni skutek opiera się na założeniu dostępu do sądu”¹⁹⁷. Dostęp do sądu został podniesiony do rangi ogólnej zasady prawa w precedensowej sprawie *Johnston*¹⁹⁸. Jak twierdził Trybunał, „wymóg istnienia kontroli sądowej [...] odzwierciedla zasadę ogólną prawa, która podkreśla wspólne tradycje konstytucyjne państw członkowskich [...] i jest zawarta w art. 6 i 13 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Wolności Podstawowych [...] obowiązkiem państw członkowskich jest zapewnienie skutecznej kontroli sądowej, ilekroć chodzi o zagwarantowanie przestrzegania stosownych przepisów prawa wspólnotowego i ustawodawstwa krajowego mającego na celu realizację praw podmiotowych zawartych w Dyrektywie”. W ten sposób mamy dwie zasady: kontroli sądowej i efektywnej ochrony sądowej. Są one ze sobą powiązane w tym sensie, że odzwierciedlają ideał, w którym jednostka musi mieć szansę obrony swych praw przed sądami, a przyznana jej ochrona ma być efektywna. Z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej jest to kluczowe, ponieważ istniejąca procedura sądowa musi się charakteryzować skutecznością. W ten sposób przechodzimy od dostępności kontroli sądowej (kwestie np. pomocy prawnej, *locus standi*, warunków dopuszczalności, ograniczeń czasowych) do jakości kontroli sądowej. Efektywność postępowania sądowego mówi dużo więcej o treści procedury, bo przymiotnik „efektywny” determinuje, jak procedura ma być skonstruowana. To już z kolei kwestia *par excellence* proceduralna. Efektywność staje się kryterium wspólnotowym, zgodnie z którym można oceniać różne aspekty krajowej procedury. Nie wystarczy zagwarantowanie dostępu, również uczestnictwo musi być skuteczne. „Czujna jednostka” musi mieć możliwość obrony własnych praw podmiotowych w najlepszych możliwie warunkach, wiedząc, czego może oczekiwać od procedury i właściwego sądu krajowego. Wspólnotowa zasada dostę-

¹⁹⁷ C. HARLOW, *Access to justice as a Human Right: The European Convention and the European Union*, in P. ALSTON, (red.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999), s. 191.

¹⁹⁸ Sprawa 222/84, *Johnston*, [1986] ECR 1651.

pu do kontroli sądowej ma zastosowanie także do praw i obowiązków wynikających z Traktatu, w tym do decyzji władz krajowych mających czysto administracyjny charakter. Tak więc prawo do sprawiedliwego procesu w prawie wspólnotowym składa się z dwóch ściśle powiązanych praw jednostki: prawa do sądu oraz do uczciwej rozprawy *sensu stricte*, tj. sposobu organizacji i przebiegu dostępnych procedur sądowych.

Od sprawy *Johnston* państwa członkowskie mają więc obowiązek umożliwiać dostęp do sądów krajowych, tak aby beneficjenci praw podmiotowych byli w stanie bronić ich w procesie sądowym. Ostatnio dostęp do niezależnego i bezstronnego sądu w celu ustalenia i ochrony praw podmiotowych był znów w centrum uwagi Trybunału. W sprawie *Commission v. Austria*¹⁹⁹ Komisja kwestionowała zgodność z prawem wspólnotowym austriackich przepisów dotyczących systemu zaskarżania decyzji władz krajowych w kwestii odrzucania wniosków w sprawie umieszczenia na liście produktów medycznych refundowanych przez krajową służbę zdrowia. Zgodnie z tym systemem wnioskodawca mógł występować o przekazanie decyzji odrzucającej do niezależnej, złożonej z ekspertów rady. Rada korzystała z kompetencji do wydania rekomendacji dla kompetentnych organów w przedmiocie ponownego rozpatrzenia negatywnej decyzji. Trybunał uznał to za niewystarczające z perspektywy dostępu do procedury sądowej. Jeśli chodzi o same procedury sądowe, powinny one gwarantować stronom adekwatną możliwość uczestnictwa w nich. Innymi słowy, chodzi o zapewnienie „wartościowego dnia w sądzie”²⁰⁰, co stanowi standard w celu oceny przyjętych rozwiązań proceduralnych. Sama obecność w sądzie nie wystarczy. Raczej chodzi o zagwarantowanie, że strona może w sposób efektywny uczestniczyć w procedurze. Dobrego przykładu mogą dostarczyć obowiązujące reguły dowodzenia i rozkładu ciężaru dowodowego. W jednej

¹⁹⁹ Sprawa C - 424/99, [2001] ECR I - 9285.

²⁰⁰ „Having one’s day in court” stanowi esencję doktryny sprawiedliwego procesu w tradycji *common law*.

sprawie przekazane pytanie dotyczyło tego, czy analizy przeprowadzone przez władze krajowe w kwestii zgodności artykułów żywnościowych z zasadami etykietowania, które nie mogą zostać przekazane przez producenta w celu sporządzenia drugiej opinii, można uznać za dowód w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem była decyzja administracyjna nakładająca na producenta karę finansową. W odpowiedzi Trybunał podkreślał, że strony muszą mieć możliwość uczestnictwa w postępowaniu przed właściwym sądem w celu obrony swoich praw. Dlatego prawo do sprawiedliwego procesu musi dotyczyć także sposobu przeprowadzenia dowodu i jego wprowadzenia do postępowania sądowego. Uczestnictwo stron będzie wartościowe tylko wówczas, gdy strony uzyskają rzeczywistą możliwość ustosunkowania się do materiału dowodowego, w szczególności gdy dotyczy on spraw technicznych, wykraczających poza wiedzę sędziów²⁰¹.

Z perspektywy czasu i ewolucji orzecznictwa można powiedzieć, że dostęp do procedury sądowej głęboko wpłynął na krajowe regulacje proceduralne. Koncepcja inspirowana prawami podmiotowymi wymaga, aby sądy krajowe były dostępne dla beneficjentów wspólnotowych praw podmiotowych oraz gotowe udzielić tym prawom efektywnej ochrony prawnej. ■

²⁰¹ Sprawa C - 276/01, *Steffensen*, [2003] ECR 3735.

ROZDZIAŁ TRZECI

Sprawiedliwość proceduralna w prawie wspólnotowym. Rekonstrukcja modelu

1. PUNKT WYJŚCIA: KONCEPCJA SPRAWIEDLIWEGO PROCESU (*DUE PROCES OF LAW*)

W systemach *common law* termin „naturalna sprawiedliwość” oznacza „naturalny sens tego, co dobre i złe”²⁰². Sprawiedliwość proceduralna służyłaby więc naturalnej sprawiedliwości właśnie poprzez odpowiednio uformowane procedury. Sprawiedliwość naturalna jest rozumiana jako źródło, z którego płynie sprawiedliwość proceduralna.

Zasady naturalnej sprawiedliwości kształtują procedurę tak, by była uczciwa. Zawsze zawiera ona dwie podstawowe reguły: (1) nikt nie może być sędzią we własnej sprawie; (2) stanowisko obrony musi być w sposób rzetelny wysłuchane²⁰³. W amerykańskiej doktrynie

²⁰² Sprawa *Voinett v. Barrett*. Ustalenie jednolitej terminologii jest, jak dotychczas, niemożliwe. Imponująca lista możliwości jest przedstawiona w *DeSmith, Woolf, Jowell's Principles of Judicial Review*, (Sweet and Maxwell, 1999), s. 248–249. Mowa jest m.in. o „sprawiedliwości materialnej”, „esencji sprawiedliwości”, „sprawiedliwości podstawowej”, „uniwersalnej”, „racjonalnej”, „*fair play* w działaniu”. Autorzy wskazują, że wszystkie te frazy wyrażają tę samą myśl.

²⁰³ P. CANE, *An Introduction to Administrative Law*, (Clarendon Law Series, Clarendon Press Oxford, 1996).

prawnej²⁰⁴ sprawiedliwy proces ma znaczenie podstawowe dla charakteru stosunków między jednostką a państwem²⁰⁵. Oznacza prowadzenie procesu prawnego zgodnie z ustalonymi przepisami i zasadami dla ochrony i egzekwowania praw podmiotowych²⁰⁶. Zgodnie z piątą poprawką (dotyczącą rządu federalnego), „żadna osoba nie może być pozbawiona życia, wolności lub własności, bez należytego procesu prawnego [...]”, podczas gdy czternasta poprawka odnosi to do stanów. Klauzula sprawiedliwego procesu, w interpretacji Sądu Najwyższego, składa się z dwóch elementów: proceduralnego i materialnego. Pierwszy oznacza poddanie procedur prawnych pewnym ograniczeniom (aspekt proceduralny), a drugi skupia się na materialnej zawartości aktów prawnych przyjętych przez ustawodawstwo²⁰⁷. Aspekt materialny, przez wiele lat kontrowersyjny i kwestionowany²⁰⁸, wywołuje pytanie, które prawa podstawowe muszą być zawsze przestrzegane przez ustawodawcę (czy to federalnego, czy stanowego)²⁰⁹.

Amerykańska zasada sprawiedliwego procesu jest oparta na koncepcji sprawiedliwości proceduralnej. Funkcja sprawiedliwego procesu polega na „wyznaczeniu granic konstytucyjnych dla sądowego, wykonawczego i administracyjnego egzekwowania ustawodawczych naka-

²⁰⁴ W Kanadzie mamy koncepcję „sprawiedliwości fundamentalnej”.

²⁰⁵ D. ROBERTSON, *A Dictionary of Human Rights*, (Europa Publications Limited), s. 62.

²⁰⁶ B. A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, (2004), s. 538–539.

²⁰⁷ Krytyka dychotomii „proceduralna-materialna” zob. R. A. MACDONALD, *A Theory of Procedural Fairness*, (1981) 1 Windsor Yearbook of Access to Justice 3, s. 4.

²⁰⁸ Szczegółowo o orzecznictwie pisze L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (The Foundation Press Inc. Mineola, New York, 1988) i J. M. GORA, *Due Process of Law*, (National Textbook Company - American Civil Liberties Union, Skokie - New York), J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, (Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1980), w szczególności s. 14–21.

²⁰⁹ Jednocześnie musimy być świadomi, że żadna teoria oparta na procedurze nie może się obejść bez dokonywania osądów wartościujących na podstawie prawa materialnego. Zob. w szczególności L. H. TRIBE, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, (1980) 89 Yale Law Journal 1063.

zów i rządowych decyzji”²¹⁰. Zapewnia podstawowy poziom ochrony prawnej i zabezpieczeń proceduralnych, które muszą być zawsze gwarantowane przez ustawy i w procesie ich egzekwowania²¹¹.

Dla mojego ujęcia sprawiedliwości proceduralnej szczególne znaczenie ma perspektywa sprawiedliwego procesu, widziana jako koncepcja godnościowa. Sprawiedliwy proces służy godności ludzi poddanych negatywnym działaniom rządu²¹². Ujęcie godnościowe oznacza, że istnieje immanentna wartość gwarancji składających się na sprawiedliwy proces. Prawo do bycia wysłuchanym czy prawa do obrony są doceniane i uznawane wyłącznie z perspektywy proceduralnej, bez względu na wynik procedury, której częścią stanowią. Wszystkie służą realizacji proceduralnego uczestnictwa, dzięki któremu jednostka może wpływać na orzeczenie²¹³. Dają nam subiektywne prawo do bycia wysłuchanym i prawo do otrzymania wyjaśnień, dlaczego orzeczenie jest takie, a nie inne. Jak to ujął Tribe, „te prawa do wymiany” (w oryginale angielskim mowa jest o *rights to interchange*) wyrażają elementarną ideę, że bycie *osobą* w przeciwieństwie do bycia *rzeczą* oznacza przynajmniej możliwość *konsultacji* takiej osoby w sprawie podejmowanych działań²¹⁴. Sprawiedliwy proces (pojmowany godnościowo) mierzony jest zgodnością danego działania z podstawowymi pojęciami uczciwości i godności²¹⁵. Rządy prawa wymagają do ustalenia prawdy obecności elementów sprawiedliwości proceduralnej.

²¹⁰ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (Mineola, New York, The Foundation Press, Inc. 1988), s. 664.

²¹¹ R. H. FALLON, JR., *The Dynamic Constitution. An introduction to American Constitutional Law*, (Cambridge University Press, 2004).

²¹² R. H. FALLON, JR., *The Dynamic Constitution. An introduction to American Constitutional Law*, (Cambridge University Press, 2004), s. 91.

²¹³ Więcej zob. F. I. MICHELMAN, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process* in J. R. PENNOCK, J. W. CHAPMAN, (ed.), *Due Process, XVIII Nomos*, (New York University Press, New York, 1977). s. 126–127.

²¹⁴ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, s. 666.

²¹⁵ Zob. również R. SAPHIRE, *Specifying Due Process Values: Toward a More Responsive Approach to Procedural Justice*, (1978) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 111.

Elementy składające się na koncepcję naturalnej sprawiedliwości mają zapewnić bezstronne i zgodne z obowiązującymi standardami podtrzymanie porządku prawnego²¹⁶. Sprawiedliwy proces w tym kształcie jest dobrym punktem wyjścia do poniższej analizy. W moim przekonaniu sprawiedliwość proceduralna jest czymś więcej niż po prostu dokładnością, słusnością czy brakiem błędów. Stawką jest nie tylko wrażenie czynienia sprawiedliwości i wierne odbicie stosownych przepisów materialnoprawnych. Raczej chodzi o inherentną wagę procedury, zgodnie z którą proces stanowi esencję sprawiedliwości²¹⁷.

2. PODSTAWY TEORETYCZNE. SPRAWIEDLIWOŚĆ PROCEDURALNA JAKO KONCEPCJA EWOLUUJĄCA

W podstawowych monografiach na temat sprawiedliwości proceduralnej zasugerowano, że procedury mogą być uzasadniane na mocy czterech teorii: instrumentalnej, substytucyjnej, ekspresyjnej i wyrażania wartości (*value expressive*)²¹⁸.

Teoria instrumentalna uznaje procedury za narzędzia nadające się do osiągnięcia celu, jakim są sprawiedliwe decyzje w sensie materialnym. Dzięki procedurom zbieranie faktów i ich ocena są ujęte w ramy w obrębie wcześniej ustalonej struktury. W amerykańskiej doktrynie sprawiedliwego procesu procedury są cenione za ich „oczekiwane konsekwencje, za spełnianie funkcji narzędzia zapewniającego, że ustalone w społeczeństwie reguły postępowania oraz reguły dystrybucji korzyści są [...] ściśle i konsekwentnie przestrzegane”²¹⁹.

²¹⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, (Harvard University Press, Cambridge, 1971), s. 239 i *A Theory of Justice*, (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999).

²¹⁷ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, s. 666 - 667.

²¹⁸ K. F. RÖHL, *Procedural justice: introduction and overview* in K. P. RÖHL, S. MACHURA, *Procedural Justice*, (Oñati International Series in Law and Society, Ashgate-Darhmouth), s. 12.

²¹⁹ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (Mineola, New York, The Foundation Press Inc, 1988), s. 667.

Teoria substytucji dostarcza dużo ambitniejszych uzasadnień sprawiedliwości proceduralnej. Biorąc pod uwagę płynne kryteria osiągnięcia sprawiedliwego podziału, możemy zrozumieć, dlaczego procedura zastępuje (stąd nazwa) materialne standardy dystrybucji i prowadzi do sprawiedliwych rezultatów.

W kontekście *teorii ekspresyjnej* zachowanie ekspresyjne jest przeciwieństwem instrumentalnego: nie jest ono środkiem do celu, ale celem samym w sobie. Procedury oznaczają dużo więcej niż tylko zyski i podział ciężarów. Wiążą się z uczestnictwem i dawaniem poczucia podmiotowości wobec prawa. Jednostki uczestniczą w procesie na równych prawach, wykorzystując dostępne im szanse i narzędzia. Interesujące byłoby dokonanie porównania zwycięzcy, którego uczestnictwo było iluzoryczne, ze zwycięzcą, który spędził „prawdziwy dzień” w sądzie, a więc odniósł zwycięstwo dzięki gwarancjom proceduralnym zrealizowanym w odczuwalny dla niego sposób.

Z kolei teoria *group - value* uznaje wynik niesprawiedliwy za możliwy, ale odizolowany przypadek. W przyszłości możemy mieć więcej szczęścia i zostać zwycięzcami. Ale procedury niesprawiedliwe wywołują długoterminowe, niekorzystne skutki dla całego społeczeństwa. Sprawiedliwość proceduralna jest ważna, bo nieuczciwe procedury stanowią większe zagrożenie aniżeli błędne pojedyncze decyzje. Procedury dają społeczeństwu poczucie szacunku, wartości i pewności prawnej, ponieważ pewne standardy i zasady są z góry ustalone i przestrzegane, ilekroć pojawia się kwestia dystrybucji dóbr. Wówczas każdy może z takich procedur skorzystać.

J. Rawls wyróżnił cztery formy sprawiedliwości proceduralnej²²⁰. *Doskonała* sprawiedliwość proceduralna oznacza zastosowanie procedury, która z pewnością da skutek odpowiednio zbliżony do sprawiedliwego. Można się posłużyć przykładem podziału tortu. Osoba odpowiadająca za podział dostaje ostatni kawałek. Jeżeli uznamy równe części

²²⁰ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, *op. cit.*

za sprawiedliwy wynik, to zastosowanie takiej procedury zbliża nas do jego osiągnięcia, gdyż leży to w interesie osoby dokonującej podziału. Doskonała sprawiedliwość proceduralna zakłada istnienie zewnętrznego kryterium sprawiedliwości dystrybucyjnej, który pozwala ocenić sprawiedliwość wyniku.

Niedoskonała sprawiedliwość proceduralna oznacza zastosowanie procedury zdolnej przynieść wynik możliwie zbliżony do sprawiedliwości, ale bez gwarancji, że tak będzie we wszystkich możliwych przypadkach. Jej funkcją jest zwiększenie szans osiągnięcia odpowiedniej aproksymacji do rezultatu założonego jako sprawiedliwy.

Czysta sprawiedliwość proceduralna to zastosowanie procedury na pewno prowadzącej do sprawiedliwego wyniku, w sytuacji braku niezależnego kryterium oceny, czy wynik jest faktycznie sprawiedliwy. To zastosowanie czystej sprawiedliwości proceduralnej z definicji daje taki wynik. W przeciwieństwie do doskonałej i niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej, gdzie dysponowaliśmy kryterium określania słusznego i sprawiedliwego wyniku, tutaj po prostu przestrzegamy procedury. Ten rodzaj sprawiedliwości definiuje skutek jako sprawiedliwy poprzez określenie odpowiednich procedur²²¹.

W końcu *quasi - sprawiedliwość proceduralna* sprowadza się do stosowania zasady wyboru przy niemożności zdefiniowania sprawiedliwości, tj. wówczas, gdy decyzje w danym zakresie są tak samo sprawiedliwe. Najistotniejszym momentem jest tutaj określenie granic dyskrecjonalności wyboru wyników, spośród kilku możliwych, równie sprawiedliwych.

Procedury są również w centrum teorii legitymizacji przez procedury Luhmanna²²². Rozumie on procedury jako systemy społeczne, które od początku są ograniczone w czasie, zgodnie z ich funkcją doprowa-

²²¹ R. P. WOLFF, *Understanding Rawls*, (Princeton University Press, 1977), s. 177.

²²² N. LUHMANN, *Legitimation durch verfahren*, (Darmstadt, Luchterhand, 1969) i wydanie drugie z 1975 r.

dzenia do wydania indywidualnej decyzji wiążącej. Luhmann rozróżnił procedury legislacyjne, administracyjne i sądowe. Jego rozważania dotyczące sprawiedliwości proceduralnej mają wagę szczególną dla przedmiotu niniejszej analizy. Twierdzi on, że każdy konflikt ma tendencję do generalizacji, tj. poszerzania tematów, angażowania coraz większej liczby ludzi, eskalacji napięcia i wykorzystywanej broni.

Główną rolą procedury jest ograniczanie wyboru adwersarzy do pewnych zinstytucjonalizowanych narzędzi, zdefiniowanie tematu i ich izolacja od otoczenia. Warto podkreślić, że moc legitymizująca procedury nie leży w jej sprawiedliwości. Akceptacja decyzji nie zależy od przekonania stron o jej konieczności, słuszności czy sprawiedliwości. Procedura poddaje raczej jednostki procesowi uczenia się, który prowadzi do akceptacji skutku procedury jako podstawy ich przyszłego zachowania. Jedyne kryterium oceny procedury ma charakter zewnętrzny. Niezadowolone z decyzji strony będą działały zgodnie z nią, ponieważ nie będą w stanie zmobilizować przyjaciół i opinii publicznej w celu wsparcia zabiegów kontestujących wydaną decyzję. Taka zgoda na decyzję może być realizowana w społecznym klimacie określonym przez zinstytucjonalizowanie obowiązku poddania się wiążącym decyzjom. Nie chodzi o to, by przekonać strony, że zostały potraktowane sprawiedliwie czy uczciwie, ale by zmienić strukturę ich oczekiwań i włączyć je w procedurę w taki sposób, by w końcu nie miały innego wyboru niż zaakceptowanie decyzji. Doceniam wagę koncepcji Luhmanna, ale jej przydatność dla mojej analizy jest ograniczona. Wydaje mi się, że przy tak formalistycznym rozumieniu procedury trudno będzie obronić założenie, że nieprzymuszona decyzja uczestnictwa w procedurze jest sygnałem akceptacji jej wyniku. Bardzo trudno jest założyć, że ludzie będą gotowi akceptować decyzję niezależnie od sposobu jej osiągnięcia. Na pewno będą zobowiązani do jej przestrzegania na mocy imperium państwa, ale w sprawiedliwości proceduralnej chodzi o akceptację decyzji, ponieważ procedura ją poprzedzająca była właściwa i sprawiedliwa.

Nasza gotowość uznania skutku procedury nie jest wynikiem decyzji o uczestnictwie w procedurze, ale wypływa raczej z przeświadczenia, że procedura umożliwiła nam zabranie głosu i przedstawienie argumentów na równi z innymi jej uczestnikami. Procedura wyzuta z zasad sprawiedliwości byłaby prostym rytuałem zbudowanym wokół technokratycznych przepisów formalnych. Byłaby bez wartości, co czyni kwestię jej akceptacji problematyczną. Zgodziłbym się, że efekty legitymizujące procedury zawierają się przede wszystkim w aspekcie uczenia się - uczymy się, jak dochodzić swoich praw. Jednak mając świadomość i wiedzę, że pewne podstawowe wymagania natury proceduralnej będą przestrzegane, jesteśmy gotowi zrezygnować z naszego prawa do nieuznawania decyzji. Poprzez poddanie się procedurom spełniającym istotę praw i zasad składających się na sprawiedliwość proceduralną zobowiązujemy się do respektowania decyzji.

Podobnie teoria J. Habermasa podkreśla wagę procedur²²³. Dla niego „w demokracji poprawność decyzji zależna jest wyłącznie od rzeczywistej realizacji i przestrzegania procedury”²²⁴. Jego teoria dyskursu²²⁵ głosi, że ważność wyników procedury płynie ze wspólnych i kooperacyjnych poszukiwań prawdy poprzez racjonalną wymianę argumentów.

Habermas uznaje procedury prawne za „wyjątkowe, ponieważ zbliżają się do wymogu absolutnej racjonalności proceduralnej, ze względu na ich związek z *instytucjonalnymi* (to znaczy: niezależnymi) kryteriami, na podstawie których, z perspektywy nieuczestniczącego, decyzja

²²³ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992) oraz *Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996).

²²⁴ J. HABERMAS, *Reply to Symposium Participants*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 1477, s. 1495. Różne aspekty proceduralizacji w teorii Habermasa zob. J. LENOBLE, *Law and Undecidability: A New Vision of the Proceduralization of Law*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 935.

²²⁵ Na temat teorii dyskursu zob. R. ALEXI, *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 1027 oraz A. SAJÓ, *Constitutional Adjudication in light of Discourse Theory*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 1193.

może być oceniana w kontekście tego, czy została wydana zgodnie z *zasadami*, czy nie”²²⁶ (wyróżnienie T.T.K.).

Po tym krótkim podsumowaniu najważniejszych cech procedur, na użytek niniejszej analizy przyjmę następującą definicję sprawiedliwości proceduralnej. Otóż sprawiedliwość proceduralna oznacza właściwe zastosowanie procedury, która zwiększy prawdopodobieństwo sprawiedliwego rezultatu, w przeciwieństwie do materialnej sprawiedliwości wyniku, pomijającej sposób jego osiągnięcia. Procedura jest sprawiedliwa, ponieważ pewne wartości i zasady natury proceduralnej były przestrzegane. Ta definicja zakłada, że to procedury uzasadniają trafność tezy o możliwości dojścia do słusznej decyzji, że decyzja jest racjonalizowana przez poprzedzającą ją procedurę, zgodnie z twierdzeniem: *norma N jest słuszna, gdy jest wynikiem procedury P*²²⁷.

3. W POSZUKIWANIU MODELU SPRAWIEDLIWEGO PROCESU W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM

Ogólnie orzecznictwo ETPCz określa cztery podstawowe gwarancje składające się na prawo do sprawiedliwego procesu²²⁸. Po pierwsze,

²²⁶ K. F. RÖHL, *Procedural Justice: Introduction and Overview* in K. F. RÖHL, S. MACHURA, (ed.), *Procedural Justice*, (Ashgate-Darhmouth, Aldershot UK-Brookfield USA-Singapore-Sydney), s. 23. Teoria dyskursu jest oparta na „proceduralnym paradygmacie prawa”. Opisuje perspektywę spojrzenia na wymiar sprawiedliwości zawierający wyrobione sądy i wiedzę intuicyjną. Paradygmat ten jest skontrastowany z liberalnym i socjalnym. Pod paradygmatem proceduralnym teoria sprawiedliwości Habermasa przyjmuje formę proceduralnej teorii sprawiedliwości. Ten zwięzły opis pochodzi z A. TSCHENTSCHER, *The Function of Procedural Justice in Theories of Justice*, [w:] K. F. RÖHL, S. MACHURA, (red.), *Procedural Justice*, (Ashgate-Darhmouth, Aldershot UK-Brookfield USA-Singapore-Sydney), s. 111. Autor zamieszcza szczegółową i krytyczną analizę teorii dyskursu Habermasa.

²²⁷ E. O. ERIKSEN, *Democratic or jurist-made law?*, w: A. J. MENÉNDEZ, E. O. ERIKSEN, *Arguing Fundamental Rights*, (Law and Philosophy Volume 77, Springer), s. 69.

²²⁸ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, (Presses Universitaires de France, Paris, 2002), s. 97–98 oraz zob. brzmienie ust. 36 *Golder v. UK*, (1975) 18 EHRR 524.

równość broni, co na poziomie najogólniejszym oznacza usytuowanie stron na równych pozycjach²²⁹. Po drugie, gwarancje dotyczące organizacji i składu sądu. Po trzecie, gwarancje dotyczące przebiegu procedury i wreszcie, po czwarte, dotyczące wykonania orzeczenia.

Poniższa analiza została podzielona na dwie części. Pierwsza dotyczy dostępu do sądów i sprawiedliwości proceduralnej, druga zaś zajmuje się jakością procedury w momencie, gdy mamy już doń dostęp. Te dwa elementy są ściśle powiązane w tym sensie, że jakość nie miałaby znaczenia bez uzyskania dostępu do sądu w pierwszej kolejności. Orzecznictwo omówione w tej części różni się w dwóch aspektach od analizowanego w kontekście autonomii proceduralnej państw członkowskich. Po pierwsze, zajmuje się dostępem do sądu na poziomie Wspólnoty (Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji), a autonomia proceduralna koncentrowała się wokół dostępu, ale na poziomie krajowym („sąd mający jurysdykcję”); stosowaniem prawa do skutecznej ochrony sądowej; dostępem do sądu i wynikających stąd obowiązków państw członkowskich w zakresie odpowiedniej organizacji swojego systemu sądowego. Po drugie, w dalszej części analizy skupię się na zawartości procedury, a więc sytuacji gdy postępowanie już się toczy.

3.1. DOSTĘPNOŚĆ PROCEDURY W KOMPLETNYM SYSTEMIE PROCEDUR

Zgodnie z dobrze ugruntowanym orzecznictwem, artykuły 230 i 241 Traktatu o WE z jednej strony, a art. 234 z drugiej tworzą kompletny system środków ochrony prawnej i procedur służących zapewnieniu kontroli przez sądy wspólnotowe legalności aktów przyjętych przez instytucje. Gdy osoby fizyczne oraz prawne nie mogą bezpośrednio kwestionować aktów prawnych o ogólnym zastosowaniu, mogą dochodzić ich nieważności albo przed sądami wspólnotowymi na mocy art. 241 Traktatu, albo

²²⁹ Zob. F. MATSCHER, *The Right to a Fair Trial in the Case-Law of the Organs of the European Convention on Human Rights*, in *Fair Trial no 28*, (European Commission for Democracy Through Law, Council of Europe Publishing), s. 12–13.

przed sądami krajowymi, wnioskując o przekazanie sprawy dotyczącej nieważności do Trybunału Sprawiedliwości *via* art. 234 Traktatu.

Nie jest moim zamiarem streszczanie bardzo bogatego orzecznictwa i literatury przedmiotu²³⁰. Chciałbym raczej tylko zasygnalizować następującą kwestię, wspomnianą już wcześniej przy okazji analizy sprawy *Zwartveld*: czy rzeczywiście powinniśmy postrzegać system proceduralny jako kompletny, otwierający skuteczną drogę do występowania przeciw aktom wspólnotowym? Innymi słowy, czy dostępne procedury przyznają skuteczny dostęp do sądów i w konsekwencji do efektywnej ochrony sądowej zgodnie z „orzecznictwem *Johnston/Heylens*”?

Najnowsze orzecznictwo pokazuje, że Trybunał utrzymuje stanowisko o kompletności systemu proceduralnego. Wysyła wyraźny sygnał, że nie jest gotowy do liberalizacji kryteriów dopuszczalności na podstawie art. 230 Traktatu²³¹, jako powód wskazując granice swojej jurysdykcji²³². W swoim orzecznictwie potwierdza *Johnston* w sensie uznania prawa do efektywnej ochrony sądowej za ogólną zasadę prawa wynikającą z tra-

²³⁰ P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, (1994) *Revue trimestrielle du droit européen* 171.

²³¹ Case T - 177/01, *Jégo-Quéré v Commission*, [2002] ECR II - 2365, C - 263/02P, *Commission v Jégo-Quéré* and case C - 50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v Council*, [2002] I - 6677.

²³² Szczegóły i pełna analiza zob. m.in. M. VARJU, *The Debate on the Future of the Standing under Article 230 (4) TEC in the European Convention*, (2004) 10 *European Public Law* 43 N. VAN DEN BROEK, *A Long Hot Summer for Individual Concern? The European Court's Recent Case Law on Direct Actions by Private Parties ... and a Plea for a Foreign Affairs Exception*, (2003) 30 *Legal Issues of Economic Integration* 61, K. LENAERTS, T. CORTHAUT, T., *Judicial Review as a Contribution to the Development of European Constitutionalism*, (2003) 22 *Yearbook of European Law* 1, J. T. LANG, *Actions for declarations that Community regulations are invalid: the duties of national courts under Article 10 EC*, (2003) 28 *European Law Review* 102, J. A. USHER, *Direct and individual concern—an effective remedy or a conventional solution?* (2003) 28 *European Law Review* 575. D. HANF, *Talking with the 'pouvoir constituant' in Times of Constitutional Reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice*, (2003) 10 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 265, P. GILIAUX, *L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: Entre Subsidiarité Juridictionnelle et Effectivité*, (2003) *Cahiers de droit européen* 176.

dycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim. Dalej podkreśla jednak, że to w gestii państw członkowskich leży ustanowienie systemu środków prawnych i procedur, które zapewniają przestrzeganie prawa do efektywnej ochrony prawnej, a zadaniem sądów krajowych jest wykładnia i stosowanie krajowych przepisów proceduralnych dotyczących realizacji tego prawa w praktyce, w sposób umożliwiający osobie fizycznej lub prawnej kwestionowanie przed sądem legalności wszelkich decyzji lub innych krajowych aktów prawnych związanych z zastosowaniem wobec nich wspólnotowego aktu prawnego o zastosowaniu ogólnym, poprzez wystąpienie o nieważność takiego aktu²³³. Jednostka nie może kwestionować w drodze skargi o unieważnienie aktu prawnego o zasięgu ogólnym, który nie wyróżnia jej indywidualnie jako adresata, nawet wówczas gdy przepisy procedury krajowej nie pozwalają wszcząć postępowania przed sądem krajowym. Trybunał podkreślił, że tylko taka wykładnia art. 230 Traktatu o WE w zakresie kryteriów dopuszczalności skargi o unieważnienie jest zgodna z granicami jurysdykcji przyznanej przez Traktat. Podobnie argument wynikający z prawa do skutecznej ochrony prawnej nie może zmienić tej konkluzji. Rozpoznając odwołanie w sprawie *Commission v. Jégo-Quéré*, Trybunał wysłał wyraźny sygnał do państw członkowskich: do was należy „ustanowienie systemu środków prawnych i *procedur*, które zapewniają przestrzeganie prawa do skutecznej ochrony prawnej”²³⁴ (wyróżnienie T.T.K.).

To orzecznictwo ukazuje, że istnieje tarcie między granicami jurysdykcji w Traktacie a pożądanym (ale jeszcze nieobowiązującym) modelem dostępu do wspólnotowego wymiaru sprawiedliwości na poziomie Trybunału Sprawiedliwości. Rozwiązaniem powinna być albo formalna zmiana Traktatu, albo modyfikacja orzecznictwa przez Trybunał. Jest to o tyle ważne, że ochrona sądowa wspólnotowych praw podmiotowych jest dzisiaj w większym stopniu niż kiedykolwiek wcześniej w gestii są-

²³³ Ust. 32 sprawy C - 263/02 oraz ust. 42 sprawy C - 50/00.

²³⁴ Sprawa C - 263/02P, ust. 31.

dów krajowych. Problem polega na tym, że jednostka może apelować o większą kreatywność sędziowską pod jednym warunkiem: muszą istnieć krajowe akty prawne implementujące prawo wspólnotowe, które mogą podlegać interpretacji w kontekście zasady skutecznej ochrony sądowej. Co jednak w sytuacji, gdy nie ma takich aktów prawnych? Orzecznictwo nie udzieliło dotychczas zadowalającej odpowiedzi²³⁵.

Proste odwołanie do obowiązku państw członkowskich zapewnienia skutecznego systemu ochrony prawnej, połączone z zachętą rozważenia zasadności zmian w Traktacie, oznacza, że uznanie traktatowego systemu środków ochrony prawnej i procedur ma raczej charakter postulatu, a nie faktu. Jest to kluczowe, ponieważ dyskusja o sprawiedliwości proceduralnej nie miałaby sensu, gdyby w pierwszej kolejności sam dostęp do niej był blokowany (*poziom Trybunału Sprawiedliwości*) lub miał się okazać nieskuteczny w rzeczywistości (*poziom sądów krajowych*)²³⁶.

3.2. KWESTIA JAKOŚCI PROCEDURY

Prawa podstawowe wchodzą w skład ogólnych zasad prawa, których przestrzeganie jest obowiązkiem Trybunału Sprawiedliwości. Konwencja odgrywa tu rolę szczególną. Wśród praw podstawowych czołowe miejsce zajmuje prawo do sprawiedliwego procesu. Jak już sygnalizowałem we *Wstępie*, terminologia nie ma charakteru jednolitego. Trybunał posługuje się (często zamiennie) „sprawiedliwą (rzetelną) rozprawą”, „sprawiedliwym procesem”, „prawem do obrony” czy „sprawiedliwością naturalną”²³⁷. Na

²³⁵ A. ARNULL, *Editorial. When is an act not an act*, (2007) 32 *European Law Review* 1.

²³⁶ Zob. wyczerpującą argumentację rzecznika generalnego F. Jacobsa w sprawie C - 50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v Council*, [2002] I - 6677.

²³⁷ LASOK, MILLETT, *General Principles of Community law*, (2004), s. 322, traktują prawo do uczciwej rozprawy, do obrony i sprawiedliwości naturalnej jako synonimy. Później wprowadzają „prawo do uczciwego procesu”, mimo że ich punktem wyjścia było „prawo do sprawiedliwej rozprawy” jako koncepcji nadrzędnej. Tak na s. 326. Inni widzą prawo do sprawiedliwej rozprawy jako szerszy paradygmat, obudowany tzw. prawami towarzyszącymi (ang. „corollary rights”) - X. Groussot, *General Principles of Community Law*, (Europa Law Publishing, Groningen, 2005), s. 215.

poziomie najbardziej ogólnym nieprecyzyjna koncepcja praw do obrony (ang. *rights of the defense*) czy sprawiedliwości naturalnej powinna być sprecyzowana. W języku wspólnotowym po raz pierwszy pojawiła się w opinii rzecznika generalnego Jeana-Pierre'a Warnera w sprawie *Transocean Marine Paint Association v. Commission*²³⁸. Prawa do obrony (sprawiedliwości naturalnej) są postrzegane jako koncepcja gromadząca różne prawa i gwarancje proceduralne. W poniższej analizie wprowadzam jednak rozróżnienie między prawem do obrony a prawem do sprawiedliwej (rzetelnej) rozprawy. Jest ono istotne, ponieważ te dwie koncepcje są często traktowane synonimicznie. Prawa do obrony muszą być rozumiane w taki sposób, że w każdym postępowaniu, włącznie z sądowym i administracyjnym, wszczętym przeciwko osobie, które może się zakończyć wydaniem orzeczenia dla tej osoby niekorzystnego, musi ona korzystać, nawet w przypadku braku określonych przepisów, z następujących praw: do poinformowania w stosownym czasie o sprawie wytoczonej przeciwko niej; do zapoznania się z materiałem dowodowym, na którym opiera się sprawa; do otrzymania informacji potrzebnej w celu przedstawienia swojej argumentacji; do otrzymania rozsądnego terminu na przygotowanie swojego stanowiska; do skorzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika; do udziału w rozprawie przeprowadzonej w rozsądnym czasie przed niezawisłym i bezstronnym sądem. Dwie rzeczy zasługują na szczególną uwagę w tej definicji. Po pierwsze, perspektywa: sąd z punktu widzenia jednostki musi być niezawisły i bezstronny. Są to gwarancje instytucjonalne prawa do sądu i zostały przeanalizowane powyżej. Po drugie, perspektywa praw proceduralnych. Z tej perspektywy zadane pytanie brzmi: jakie prawa przysługują jednostce w toku postępowania sądowego?

Sprawiedliwa procedura w prawie wspólnotowym powinna być postrzegana jako skrót dla gwarancji proceduralnych służących zapew-

²³⁸ Sprawa 17/74, [1974] ECR 1063.

nieniu sprawiedliwości proceduralnej²³⁹. To podejście różni się nieco od sprawiedliwości zorientowanej na wynik.

Prawo do procedury w prawie wspólnotowym ma dwie strony: ogólną i szczegółową. Pierwszą stosuje się do wszystkich postępowań (art. 6§ 1 Konwencji przewiduje, że każdy ma prawo do sprawiedliwego procesu), podczas gdy druga jest ograniczona do praw proceduralnych przywoływanych w procesie karnym. Słusznie zauważono, że „niemożliwe jest abstrakcyjne określenie treści wymogu sprawiedliwej procedury”²⁴⁰. Brak spójności terminologicznej zwiększa dodatkowo problem z definicją samej koncepcji. Czasami określana jest ona jako samoistna i niezależna zasada, ale w innych przypadkach używa się jej jako koncepcji nadrzędnej, złożonej z bardziej szczegółowych gwarancji i praw proceduralnych. W najnowszym orzecznictwie Trybunał używa terminu „sprawiedliwy proces” jako generalnej zasady prawa wspólnotowego inspirowanej art. 6 Konwencji²⁴¹.

Tytułem próby możemy uznać prawo do sprawiedliwego procesu za prawo złożone z dwóch fundamentalnych elementów: równości broni i prawa do procedury kontradyktoryjnej. Pierwszą możemy na razie intuicyjnie określić jako brak niedogodności dla jednej ze stron w postępowaniu w porównaniu z usytuowaniem pozostałych stron, a drugą jako prawo strony do przedstawiania dowodów i kwestionowania argumentów pochodzących od drugiej strony.

²³⁹ O źródłach piszą s. MARKS, A. CLAPHAM, *International Human Rights Lexicon*, (Oxford University Press), s. 149–151.

²⁴⁰ C. OVEY, R. C. A. WHITE, *Jacobs & White The European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, Wyd. 4, 2006), s. 175.

²⁴¹ C - 185/95P, [1998] ECR I - 8417.

3.3. O PRAWACH I GWARANCJACH PROCEDURALNYCH

Jaka jest dokładna treść sprawiedliwego procesu w prawie wspólnotowym?²⁴² Czy jakość proceduralna jest stała, czy też zmienia się wraz z rozstrzygnięciami nowych spraw i kwestii?

Orzeczeniem, które zasługuje na uwagę z perspektywy sprawiedliwego postępowania, jest wyrok Trybunału w sprawie *Krombach v. Bamberski*²⁴³ wydany w odpowiedzi na pytania przekazane przez Niemiecki Sąd Najwyższy na podstawie art. 234 Traktatu²⁴⁴. Trybunał nie tylko potwierdza precedens *Baustahlgewebe* (każdy ma prawo do sprawiedliwej procedury) i traktatowe uznanie praw człowieka w art. 6(2) Traktatu o Unii. Dodatkowo podkreślił w sposób zdecydowany, że prawo do obrony, jako jedno z praw fundamentalnych, którego źródłem są tradycje konstytucyjne wspólne państwom członkowskim, stanowi gwarancję zajmującą szczególne miejsce w organizacji oraz przebiegu rzetelnego (sprawiedliwego) postępowania. W każdym postępowaniu wszczętym przeciwko osobie, które może się zakończyć wydaniem niekorzystnego dla niej orzeczenia, przestrzeganie prawa do sprawiedliwego procesu stanowi zasadę fundamentalną, która musi być zagwarantowana nawet w przypadku braku stosownych przepisów dotyczących tego postępowania²⁴⁵. Odnosząc to do stanu faktycznego konkretnej sprawy, sąd w państwie wykonania wyroku wydanego w innym państwie może wziąć pod

²⁴² Na tym etapie analizy należy rozważyć jedną kwestię. Zgodnie z uwagami poczynionymi we *Wstępie*, przedstawiona problematyka dotyczy wyłącznie procedury sądowej, a nie czynności poprzedzających tę procedurę (np. przed Komisją). Cień sprawiedliwości proceduralnej Trybunału jest zawsze rzucany na pozostałych „graczy” wspólnotowych, ale tylko w momencie, gdy sprawa trafia do Trybunału i wymaga rozstrzygnięcia sądowego. W okresie przedsądowym działaniami instytucji kierują przede wszystkim zasady uczciwości, skuteczności i racjonalności, ale już niekoniecznie sprawiedliwości proceduralnej.

²⁴³ C - 7/98, [2000] ECR I - 1935.

²⁴⁴ Stan faktyczny tej sprawy zob. moja analiza w z. BRODECKI, (red.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, 2007).

²⁴⁵ Ust. 38 i 42 orzeczenia.

uwagę fakt, że osoba zamieszkała w państwie wykonania wyroku została pozbawiona przez sąd orzekający w pierwszej sprawie prawa do przedstawienia swojego stanowiska i argumentów.

Ten wyrok wymaga kilku słów komentarza. Trybunał nie pozostawia wątpliwości i jego strategia jest godna pochwały. Wychodzi od ogólnego stwierdzenia, że prawo do sprawiedliwego procesu prawnego jest jedną z głównych zasad ogólnych prawa wspólnotowego. To *dictum* jest kluczowe, ponieważ przygotowuje grunt pod szczegółowe rozważania.

Sprawiedliwy proces jako pojęcie nadrzędne charakteryzuje się prawem każdego do obrony. W ten sposób odkryta zostaje jedna z gwarancji proceduralnych. W sprawie *Krombach* Trybunał jest nieugięty w kwestii tego, że prawo do bycia wysłuchanym (*audi et alteram partem*) stanowi jeden z podstawowych aspektów prawa do sprawiedliwego procesu i decyduje o sprawiedliwości procedury: żadna niekorzystna decyzja nie może zostać podjęta przeciwko jednostce, jeśli nie umożliwi się tej jednostce przedstawienia swojego stanowiska i argumentacji. To prawo jest kluczowe dla oceny sprawiedliwości procedury. Z jednej strony ułatwia akceptację orzeczenia, ponieważ jednostka była aktywnie zaangażowana w procedurę i miała możliwość wpłynięcia na treść orzeczenia na tych samych zasadach co druga strona (tzw. efekt sprawiedliwości proceduralnej, o którym szerzej niżej). Z drugiej przyczynia się do realizacji godnościowej koncepcji procedury, skoro strona uczestniczy w postępowaniu w sposób aktywny. W określonych ramach to strona jako podmiot partycypatywny i bezpośrednio zainteresowany wynikiem sprawy kształtuje procedurę.

Równość proceduralna ma szczególną wagę w prawie wspólnotowym. Wymaga dokonania sprawiedliwego wyważenia między stronami. Równość broni jest główną cechą charakterystyczną sprawiedliwego procesu²⁴⁶. Równości jednak nie możemy rozumieć w kategoriach bezwzględnych, jako całkowite zrównanie szans i możliwości. Raczej

²⁴⁶ F. MATSCHER, *The Right to a Fair Trial in the Case-Law of the Organs of the European Convention on Human Rights*, in *The Right to a Fair Trial* No 28, (Council of Europe Publishing), s. 12.

każda ze stron musi mieć uzyskać rozsądną szansę przedstawienia swojej argumentacji, w tym dowodów, na warunkach, które nie stawiają jej w zasadniczej niedogodności względem drugiej strony²⁴⁷.

Następnym elementem konstrukcyjnym sprawiedliwej procedury jest prawo do postępowania w rozsądnym czasie. Jego *ratio legis* polega na ochronie jednostki przed trwającym zbyt długo stanem niepewności związanym z toczącym się postępowaniem sądowym. Tylko postępowania zakończone w rozsądnym czasie mogą być efektywne i wiarygodne z perspektywy jednostki²⁴⁸. „Rozsądnosc” czasu trwania procedury jest określana w kontekście okoliczności sprawy, przez wzgląd na jej złożoność, zagadnienia postawione przed sądami krajowymi, sposób postępowania każdej ze stron i organów państwa, jak również wagę przywiązywaną przez skarżącego do kwestii będących przedmiotem osądu²⁴⁹. Bardzo istotnym orzeczeniem w tym zakresie jest sprawa *Baustahlgeewe*²⁵⁰, w której Trybunał po raz pierwszy zajął się zarzutem dotyczącym nierozsądnego czasu trwania postępowania przed Sądem Pierwszej Instancji²⁵¹.

Trybunał potwierdził, że prawo do rozprawy w rozsądnym czasie ma zastosowanie także do sądów wspólnotowych. Zgodził się ze skarżącymi, że ich prawo do rozprawy w rozsądnym terminie zostało naruszone. Nie podzielił jednak ich stanowiska w przedmiocie konsekwencji takiego naruszenia. Skarżący domagali się uchylenia zaskarżanego wyroku Sądu Pierwszej Instancji. Trybunał orzekł jednak, że „przy braku oznak, że długość trwania postępowania miała jakikolwiek wpływ na wynik sprawy, wnioski o uchylenie wyroku w całości nie zasługują na

²⁴⁷ Szczegółowo o orzecznictwie ETPCz zob. H. G. SCHERMERS, R. LAWSON, *Leading case of the European Court of Human Rights*, (Ars Aequi Libri, Leiden, 1999).

²⁴⁸ C. OVEY, R. C. A. WHITE, *op. cit.*, s. 187–188.

²⁴⁹ Szczegóły zob. P. LAMBERT, *Les notions de 'délai raisonnable' dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, (1991) 2 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 5.

²⁵⁰ C - 185/95P, *Baustahlgeewe v Commission*, [1998] ECR I - 8417.

²⁵¹ Postępowanie trwało pięć i pół roku.

uwzględnienie [...] biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy [...] kwota 50000 ECU stanowi rozsądne zadośćuczynienie za nadmierne przedłużenie procedury”²⁵². W rezultacie Trybunał odjął powyższą sumę od kary nałożonej na skarżących przez Komisję.

Z dwóch powodów ten wyrok zasługuje na naszą szczególną uwagę: po pierwsze, z racji ogólnej zasady w nim ustanowionej, a po drugie, języka użytego przez Trybunał. Ogólną zasadą prawa wspólnotowego jest prawo każdej jednostki do uczciwego procesu inspirowane przez prawa podstawowe, a „w szczególności prawo do postępowania sądowego w rozsądnym terminie”. Stanowi to nowy element orzecznictwa Trybunału i oznacza jakościową zmianę w orzecznictwie. Jednak, jak słusznie wskazywano, wyrok pozostawia wiele do życzenia, jeśli chodzi o uzasadnienie motywów obniżenia kary finansowej oraz jego wysokości²⁵³. Dlatego klasyfikacja tego szczególnego zagadnienia byłaby dobrze widziana. Warto w końcu zauważyć, że prawo do rozprawy w rozsądnym czasie ma zastosowanie ogólne bez względu na rodzaj procedury²⁵⁴.

Ze względu na ograniczenia związane z objętością pracy skupiłem się na nakreśleniu pożądanego modelu sprawiedliwości proceduralnej bez szczegółowego opisu z perspektywy poszczególnych rodzajów postępowań (skargi bezpośrednie, orzeczenie wstępne czy odwołanie). Nacisk

²⁵² Ust. 49 i 141.

²⁵³ Krytyczne komentarze i znakomite uwagi zob. H. TONER, (1999) 36 *Common Market Law Review* 1345, s.1350-1353

²⁵⁴ W sprawie C-96/89, *Commission v Netherlands* Trybunał np. uznał, że nieuzasadniony czas trwania procedury musiał naruszyć skuteczność prawa do obrony. Element rozsądnoci pojawia się także przy ocenie procedur przed Komisją w przypadku pomocy publicznej – zob. sprawa 120/73, *Lorenz* [1973] ECR 1471. Podobnie w sprawie C - 282/95P, *Guerin automobiles*, [1997] ECR I – 1503, utrzymywano, że skarga złożona na podstawie przepisów konkurencji powinna być rozpatrzona w rozsądnym czasie. Trzeba jednak zauważyć, że w drugiej sprawie Trybunał argumentował, postrzegając obowiązek przeprowadzenia procedury w rozsądnym czasie jako część zasady dobrej administracji po stronie Komisji (ust. 37). Perspektywą dla oceny była więc efektywność, a nie sprawiedliwość. Szczegółowa analiza tego orzecznictwa wykraczałaby jednak poza zakres niniejszej analizy.

został raczej położony na najistotniejsze cechy procedury, które powinny być zawsze obecne, a nie te szczegółowe, które charakteryzują wybrane rodzaje postępowań. Wydaje mi się, że prawo do sprawiedliwego procesu (procedury prawnej, stosując terminologię Trybunału) jest koncepcją nadrzędną, pomostową – ideą, z którą wszelkie uregulowania proceduralne powinny być zgodne. Pozostaje jednak kwestią otwartą, co powinno się składać na wspólnotową sprawiedliwość proceduralną. W sprawie *Krombach* było to prawo do obrony, w *Baustahlgewebe* prawo do postępowania w rozsądnym czasie, w *Emesa Sugar* (szczegółowo omówionej poniżej) prawo do procedury kontryktoryjnej. Takie inkrementalne podejście składa się na dynamiczny obraz sprawiedliwego procesu w prawie wspólnotowym i zachęca Trybunał do stopniowego rozbudowania elementów składowych procedury, która aspiruje do miana sprawiedliwej.

Receptywność oraz uwaga proceduralna Trybunału nabierają tym bardziej większego znaczenia, jeżeli weźmiemy pod uwagę coraz liczniejsze testy, którym procedura Trybunału jest obecnie poddawana. Innymi słowy, wspólnotowy model sprawiedliwości proceduralnej, zawsze dynamiczny i stale ewoluujący, zbliża się do punktu, w którym zostanie poddany krytycznej i decydującej analizie. Pytanie jest bowiem następujące: czy rzecznik generalny w Trybunale Sprawiedliwości wytrzymuje próbę wymogów sprawiedliwego procesu? W ten sposób przechodzimy do etapu zbadania modelu sprawiedliwości proceduralnej w praktyce. ■

ROZDZIAŁ CZWARTY

Sprawiedliwość proceduralna w prawie wspólnotowym. Model w praktyce: rzecznik generalny w Trybunale Sprawiedliwości – proceduralny sojusznik czy adwersarz?

1. RZECZNIK GENERALNY I SPRAWIEDLIWOŚĆ PROCEDURALNA

Rzecznik generalny w Trybunale Sprawiedliwości zasługuje na szczególną uwagę jako instytucjonalne *novum*, szczególne dla Trybunału. Rzecznik musi spełniać identyczne jak sędziowie warunki i wymagania. Między urzędem sędziego i urzędem rzecznika nie ma jakiegokolwiek zależności hierarchicznej. Sędziowie i rzecznicy korzystają z równego pierwszeństwa, które jest mierzone stażem na zajmowanym stanowisku. W przypadku równego stażu o pierwszeństwie decyduje wiek. Elementem odróżniającym rzecznika od sędziego jest specyficznie skonstruowana funkcja tego pierwszego w toku procedury oraz w procesie decyzyjnym Trybunału. Pamiętając, że jest ona *sui generis*, nie ma sensu za wszelką cenę kruszyć kopii w kwestii zdefiniowania, na czym polega rola rzecznika w postępowaniu. W niniejszej analizie wystarczy poprzestać na uznaniu, że rzecznik generalny jest głosem prawa wspólnotowego, wysoko wykwalifikowanym *amicus curiae* Trybunału,

który kieruje się dążeniem do zapewnienia, że prawo wspólnotowe jest niesprzeczne, spójne, przewidywalne oraz adekwatne do stale ewoluującej rzeczywistości²⁵⁵.

Rzecznik generalny dostarcza idealnego materiału doświadczalnego do zastosowania naszej konstrukcji teoretycznej sprawiedliwej procedury w kontekście postępowania przed Trybunałem, skoro stanowi integralną jego część. Problem nabrał szczególnej aktualności w ostatnich kilku latach, gdy funkcja rzecznika podlegała bacznej analizie na skutek skarg wnoszonych do ETPC przeciwko różnym, zbliżonym do rzecznika urzędnikom sądowym w państwach członkowskich.

Zatem pytanie brzmi, czy głos rzecznika w Trybunale może być rzeczywiście postrzegany jako zagrożenie dla praw i gwarancji proceduralnych stron postępowania?

W pierwszej kolejności powinniśmy znaleźć odpowiednie kryterium sprawiedliwości, które posłuży do oceny urzędu rzecznika generalnego. Zgodnie z moim modelem sprawiedliwości proceduralnej i tworzącymi go wartościami, równość broni zajmuje miejsce szczególne. Podobnie Summers i Bayles podkreślają znaczenie tej gwarancji do całościowej oceny sprawiedliwości procedury. Na pod-

²⁵⁵ Na temat rzecznika generalnego zob. N. BURROWS, R. GREAVES, *Advocate General in the Court of Justice*, (Oxford University Press, 2007), K. BORGSMTDT, *The Advocate General at the European Court of Justice: A comparative study*, (1988) 13 *European Law Review* 107, M. DARMON, *The Role of the Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, w *The Role of courts in society*, (Jerusalem, 1988), A. A. DASHWOOD, *The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, (1982) 2 *Legal Studies*, N. FENNELLY, *Reflections of an Irish Advocate General*, (1996) *Irish Journal of European Law*, T. TRIDIMAS, *The role of the Advocate General in the development of Community law: Some reflections*, (1997) 34 *Common Market Law Review* 1349. W polskiej literaturze zob. A. ZACHARZEWSKI, *Rzeczniczy generalni – ich rola i miejsce w strukturze Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu*, *Pal.* 1994 nr 3–4, T. T. KONCEWICZ, *Urząd rzecznika generalnego w Trybunale Sprawiedliwości*. (część I) w *R. Pr.* 2000, Nr 3 i część II w *R. Pr.* 2000, Nr 4 i rozmowy z rzecznikami generalnymi – P. LÉGER, *Mniej znany bohater integracji europejskiej*, *Pal.* 2000, No 11–12 i CH. STIX-HACKL, *Rzeczniczy generalni mają status jak sędziowie*, *GS* 2002, Nr 9.

stawie orzecznictwa ETPCz można wskazać, że dwa elementy mają największe znaczenie: równość broni²⁵⁶ oraz prawo do procesu kontradyktoryjnego. Równość broni zakłada, że każdej stronie należy się szansa przedstawienia własnej sprawy, w tym materiału dowodowego, na takich samych warunkach jak pozostałym stronom postępowania. Kontradyktoryjność z kolei opiera się na założeniu o umożliwieniu stronom zdobycia pełnych informacji na temat sprawy ich dotyczącej oraz przedstawienia swojego stanowiska względem argumentacji i dowodów wnioskowanych przez stronę przeciwną. To właśnie orzecznictwo zostanie poddane analizie w celu wyłowienia elementów relewantnych dla analizy rzecznika generalnego w Trybunale Sprawiedliwości.

1.1. ORZECZNICTWO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Sprawa *Borgers v. Belgium*²⁵⁷ dotyczyła roli departamentu Prokuratora Generalnego w procesie karnym przed Belgijskim Sądem Kasacyjnym. Jeden z urzędników departamentu - rzecznik generalny - uczestniczył w postępowaniu jako doradca Sądu. Przedstawił swoje stanowisko na publicznej rozprawie, a następnie uczestniczył w naradzie sędziowskiej. Powstała wątpliwość, czy było to zgodne z prawem do sprawiedliwego procesu i zasadą równości broni. ETPCz uznał, że nie. Wystąpienia rzecznika generalnego przed Sądem oznaczały, że stawał się on przeciwnikiem skarżącego, który nie korzystał z prawa do odpowiedzi na stanowisko przedstawione przez rzecznika, a jego sytuację dodatkowo pogarszał fakt uczestnictwa rzecznika w naradzie Sądu. W ten sposób rzecznik mógł „popierać swój punkt widzenia o niedopuszczalności środka odwoławczego, w świadomości, że jego

²⁵⁶ O „równości broni” jako nieodłącznym elemencie sprawiedliwości proceduralnej zob. analiza powyżej.

²⁵⁷ App. No 12005/86, (1993) 15 EHRR 92.

wnioski nie spotykają się z zanegowaniem ze strony skarżącego²⁵⁸. Dlatego prawo pana Borgersa do sprawiedliwej procedury zostało naruszone.

Druga sprawa belgijska - *Vermeulen* dotyczyła procesu cywilnego, który przeszedł całą drogę instancyjną aż do Sądu Kasacyjnego. Kwestia tutaj dotyczyła możliwości rozszerzenia *dicta* z wyroku w sprawie *Borgers* na postępowanie cywilne. Posługując się precedensem *Borgers*, ETPCz zgodził się z twierdzeniami pana Vermeulena, że jego prawo do sprawiedliwego procesu zostało naruszone. W tej sprawie znacząca była okoliczność, że rzecznik generalny korzystał z możliwości doradzania Sądowi, a, w konsekwencji, wpływania na mający zapaść werdykt Sądu. Niemożność odpowiedzi skarżącego na stanowisko rzecznika generalnego naruszyła jego prawo do postępowania kontradyktoryjnego. Prawo to oznacza „[...] szansę stron [...] do posiadania wiedzy i ustosunkowania się wobec *wszystkich* dowodów lub oświadczeń przedstawionych *nawet przez niezależnego* członka krajowego systemu sądowego, których celem jest *wpłynięcie* na orzeczenie sądu”²⁵⁹ (wyróżnienie T.T.K.).

Szczególne znaczenie dla rzecznika generalnego w Trybunale Sprawiedliwości zachowuje orzeczenie ETPCz we francuskiej sprawie *Kress*²⁶⁰. Sprawa ta dotyczyła zgodności z art. 6 Konwencji urzędu „commissaire du gouvernement” w Radzie Stanu. Waga tej sprawy wynika z faktu, że urząd rzecznika generalnego w Trybunale Spra-

²⁵⁸ Należy jednak pamiętać o wpływowych zdaniach odrębnych sędziów Martensa i Vilhjálmssona.

²⁵⁹ Sprawy belgijskie uzupełniła sprawa *Van Orshoven* App. No 20122/92. Tekst dostępny na www.echr.coe.int.

²⁶⁰ Już w kontekście francuskiego Sądu Kasacyjnego i rzecznika generalnego ETPCz wskazywał, że jego rolą jest doradzanie i wpływanie na orzeczenie sądowe, przy wykorzystaniu autorytetu, w kierunku idącym, albo po myśli albo przeciw argumentacji przedstawionej przez skarżących” - sprawa *Reinhardt and Slimane Kaïd v. France*, (app no 45130/98), ust. 105; wyrok dostępny na www.echr.coe.int.

wiedliwości został utworzony zgodnie z francuskim modelem „*commissaire du gouvernement*”²⁶¹.

ETPCz uznał, że sam niekwestionowany status niezawisłości i bezstronności którym cieszył się „*commissaire du gouvernement*” „nie wystarczy do przyjęcia, że nieudostępnienie stronom jego oświadczeń oraz brak możliwości odpowiedzi na nie przez strony nie naruszają zasady sprawiedliwego procesu”. Zdaniem ETPCz konieczne było istnienie innych elementów, które mogłyby gwarantować przestrzeganie tego prawa. Francuski system prawny zawierał trzy elementy, które miały znaczenie dla oceny kwestionowanego urzędu. Po pierwsze, prawnicy stron są informowani przed rozprawą, na swój wniosek, o głównych założeniach stanowiska zaprezentowanego przez „*commissaire du gouvernement*”. Po drugie, strony mogą odpowiedzieć na to stanowisko poprzez złożenie tzw. memorandum na naradę (fr. *note en délibéré*). Po trzecie, w przypadku gdy „*commissaire du gouvernement*” podnosi kwestię nową, która nie pojawiła się wcześniej w argumentacji stron, sędzia przewodniczący odracza rozprawę i zwraca stronom uwagę na ten fakt, umożliwiając im tym samym zajęcie stanowiska. W tym celu wyznaczany jest nowy termin rozprawy. Biorąc pod uwagę te dodatkowe szczególne cechy i gwarancje proceduralne, ETPCz uznał, że prawo do sprawiedliwego procesu nie zostało naruszone²⁶².

Podsumowując to orzecznictwo, możemy przyjąć, że kwestią decydującą jest „czynnik wpływu”. Innymi słowy, zadajemy pytanie, czy „instytucjonalne usytuowanie określonego urzędu pozwala mu na wywieranie wpływu na sąd orzekający w danej sprawie?” Jeśli odpowiedź

²⁶¹ W szczególności A. BARAV, *Le commissaire du Gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'Avocat Général près la Cour de Justice des Communautés européennes*, (1974) 26 *Revue Internationale de Droit Comparé* 809 i K. BORGSMTDT, *The Advocate General at the European Court of Justice: A comparative study*, (1988) 13 *European Law Review* 107.

²⁶² Jednak naruszenie Konwencji zostało przyjęte na innej podstawie, mianowicie obecności rzecznika w trakcie narady Sądu. Z perspektywy rzecznika generalnego w Trybunale ma to jedynie drugorzędne znaczenie.

jest pozytywna, w grę wchodzi orzecznictwo ETPCz w zakresie gwarancji składających się na prawo do procesu kontradyktoryjnego i zasada równości broni?”²⁶³. Jak więc, mając na uwadze orzecznictwo ETPCZ, wypada ocena rzecznika generalnego w Trybunale Sprawiedliwości?

1.2. TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI: CZY PRZEKAZ ZE STRASBURGA ZOSTAŁ ODEBRANY I ZROZUMIANY?

Już w sprawie *Alvarez* wysuwany był argument, że postępowanie ustne powinno zostać ponownie otwarte, tak aby pozwany Parlament mógł zająć stanowisko wobec opinii rzecznika generalnego, która, zdaniem Parlamentu, wykroczyła poza przedmiot rozpoznawanej sprawy²⁶⁴. Trybunał się nie zgodził, wskazując, że przychylenie się do wniosku oznaczałoby umożliwienie stronom prowadzenia debaty nad wnioskami przedstawionymi w opinii rzecznika generalnego.

Jednak dopiero w 2000 r. Trybunał zajął się bardziej szczegółowo zarzutami wobec rzecznika generalnego. Sprawą precedensową była *Emesa Sugar*²⁶⁵. Opierając się na orzecznictwie ETPCz, skarżąca spółka argumentowała, że nastąpiło naruszenie art. 6 Konwencji, skoro stronom nie umożliwiono zajęcia stanowiska wobec opinii rzecznika generalnego. W orzeczeniu z 4 lutego 2000 r. Trybunał odróżnił rzecznika generalnego od urzędników sądowych krytycznie ocenionych przez ETPCz²⁶⁶. Stwierdził, że rzecznicy generalni są członkami Trybunału Sprawiedliwości wyposażonymi w całkowitą niezawisłość i niezależność. Opinia rzecznika nie stanowi elementu postępowania między

²⁶³ N. BURROWS, R. GREAVES, *The Advocate General and EC Law*, (Oxford University Press, 2007), s. 47.

²⁶⁴ Sprawa 206/81, *Alvarez v. Parliament*, [1982] ECR 3369.

²⁶⁵ Sprawa C - 17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba*, [2000] ECR I - 655.

²⁶⁶ Trzeba pamiętać, że po negatywnym orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości firma *Emesa* wystąpiła ze skargą przeciwko Holandii do ETPCz. Na rozstrzygnięcie tej sprawy czekano z niecierpliwością. Niestety ETPCz nie orzekł co do meritum, uznając, że sprawa nie dotyczyła sporu o prawa i obowiązki o charakterze cywilnym - App. No 62023/00 (decyzja o dopuszczalności z 13.01.2005).

stronami. Otwiera raczej fazę deliberacyjną postępowania przed Trybunałem. Nie jest adresowana ani do Trybunału, ani do stron, ale pochodzi z urzędu czerpiącego autorytet spoza składu orzekającego. Stanowi uzasadnione stanowisko członka Trybunału Sprawiedliwości, który nie jest sędzią. Rzecznik generalny publicznie i indywidualnie bierze udział w postępowaniu, które prowadzi Trybunał do wydania rozstrzygnięcia. Trybunał podkreślił także, że przyznanie stronom prawa do odpowiedzi na opinię rzecznika generalnego spowodowałoby poważne trudności i znacznie wydłużyłoby procedurę (jednocześnie jednak zauważając, że szczególne ograniczenia natury proceduralnej nie powinny uzasadniać naruszenia prawa podstawowego). Zdaniem Trybunału, możliwość ponownego otwarcia fazy ustnej postępowania stanowi wystarczającą gwarancję sprawiedliwego procesu.

Po wydaniu postanowienia w sprawie *Emesa Sugar* mieliśmy do czynienia z kilkoma próbami, zawierającymi zawsze *implicite* lub *explicite* odwołanie do art. 6 Konwencji, przekonania Trybunału do większej receptywności proceduralnej i ponownego poddania swojej procedury ocenie z perspektywy prawa do sprawiedliwego procesu. Wszystkie one zakończyły się niepowodzeniem. Trybunał ograniczał się jedynie do powtórzenia standardowej „formuły *Emesa*”, a więc podkreślenia, że korzysta ze wszystkich niezbędnych faktów i informacji do rozstrzygnięcia sprawy, bez konieczności ponownego otwierania fazy ustnej²⁶⁷.

Rozumowanie stron w kierunku uzyskania ponownego otwarcia fazy ustnej postępowania różniło się natomiast w sprawie *Vick*²⁶⁸. Strony zarzucały, że opinia nie została prawidłowo ogłoszona, ponieważ

²⁶⁷ Sprawa C - 309/99, *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I - 1577, sprawa C - 184/01, *Peter Hirschfeldt v. European Parliament*, [2002] ECR I - 10173 i sprawa C - 209/01, *Schilling v. Finanzamt*, [2003] ECR I - 13389, sprawa 181/02P, *Commission v. Kvaerner Werft GmbH*, [2004] ECR - 5703.

²⁶⁸ Sprawa C - 234/96, *Deutsche Telekom Advocate General v. Agnes Vick*, [2000] ECR I - 799.

jej sentencja została odczytana na posiedzeniu Piątej, a nie Szóstej Izby, do której sprawa została pierwotnie przekazana. Zdaniem Trybunału, brak jest podstaw, aby zakwestionować tę praktykę (szeroko stosowaną w Luksemburgu). Stwierdził, że sposób ogłoszenia opinii nie narusza jakichkolwiek przepisów mających zastosowanie przed Trybunałem lub jakichkolwiek praw stron postępowania głównego²⁶⁹. Sędziowie Szóstej Izby rozpatrujący sprawę znali treść opinii, która została złożona w sekretariacie Trybunału. Ta okoliczność, w połączeniu z jawnym odczytaniem opinii na rozprawie, była wystarczająca do uznania, że opinia została upubliczniona. Dlatego brak było podstaw do przyjęcia, że opinia została przedstawiona w sposób niezgodny z przepisami.

Problem powrócił stosunkowo niedawno w sprawie *Slob*²⁷⁰. Pan Slob wystąpił do Trybunału z wnioskiem o zgodę na zajęcia pisemnego stanowiska wobec opinii rzecznika. W uzasadnieniu podkreślił, że o ile Regulamin nie przewiduje takiej możliwości, to jednak nie wyklucza jej w sposób wyraźny. Alternatywnie wnioskował o ponowne otwarcie fazy ustnej. Ta sprawa zasługuje na uwagę, ponieważ pan Slob nie poprzestał na tych konwencjonalnych i dobrze już znanych ze wcześniejszych spraw argumentach. Dodał bowiem, zachęcając Trybunał do kreatywności w interpretacji procedury, wniosek o umożliwienie mu zajęcia stanowiska w sposób, który będzie respektował podstawowe prawo do kontradyktoryjnego postępowania. W odpowiedzi Trybunał przywołał jedynie postanowienie w sprawie *Emesa Sugar*: brak możliwości odpowiedzi stron na opinię rzecznika generalnego nie narusza prawa jednostki do procesu kontradyktoryjnego.

²⁶⁹ Ust. 26.

²⁷⁰ Sprawa C - 496/04, *J. Slob v. Productschap Zuivel*, wyrok z 14 września 2006 dostępny na www.curia.europa.eu.

2. RZECZNIK GENERALNY W TRYBUNALE SPRAWIEDLIWOŚCI: SPRAWIEDLIWOŚĆ PROCEDURALNA W KRYZYSIE?

W sprawie *Kress* usytuowanie proceduralne „commissaire du gouvernement” było oceniane z perspektywy trzech warunków, których spełnienie było, zdaniem ETPCz, konieczne do uznania, że procedura jest sprawiedliwa. Po pierwsze, możliwość zapoznania się przez strony i ich pełnomocników z treścią opinii „commissaire du gouvernement” przed rozprawą. Po drugie, możliwość przedłożenia Sądowi *note en délibéré* przed przystąpieniem przez skład orzekający do narady. Po trzecie, możliwość odroczenia rozprawy w sytuacji, gdy zgłoszony jest argument, wobec którego strony nie miały możliwości się ustosunkować. Te trzy podstawowe warunki mogą stanowić miernik oceny rzecznika generalnego w Trybunale Sprawiedliwości z perspektywy sprawiedliwości proceduralnej.

Jeśli chodzi o warunek pierwszy, procedura przed Trybunałem nie zna możliwości wystąpienia przez strony z wnioskiem o udostępnienie treści opinii rzecznika na etapie poprzedzającym naradę. Podobnie stronom nie wolno składać memorandum na naradę, w której zawarłyby swoje uwagi do opinii rzecznika. Trybunał dopuszcza tylko jedną możliwość, mianowicie ponownego otwarcia fazy ustnej postępowania, gdy uznaje, że „nie dysponuje wystarczającymi informacjami lub że rozstrzygnięcie sprawy będzie wymagać wzięcia pod uwagę argumentów, wobec których strony się nie ustosunkowały”. Ogólna praktyka Trybunału dowodzi, że do ponownego otwarcia fazy ustnej dochodzi niezwykle rzadko²⁷¹. Dlatego pogląd Trybunału, że w ten sposób można zagwarantować proceduralną sprawiedliwość, musi być odczytywany

²⁷¹ L. N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, (Sweet and Maxwell, 2000), p. and N. BURROWS, R. GREAVES, *The Advocate General and EC Law*, (Oxford University Press, 2006), s. 52.

w kontekście wyjątkowego wykorzystywania tej instytucji proceduralnej oraz dyskrecjonalności, z jakiej Trybunał korzysta w tym zakresie.²⁷² Do stron należy wykazanie istnienia okoliczności oraz faktów, które stały im się znane dopiero po zamknięciu procedury ustnej. Występowanie prostych rozbieżności między stanowiskiem stron a opinią rzecznika generalnego nie wystarcza do ponownego otwarcia fazy ustnej. W praktyce tylko siła wyższa, a więc zaistnienie nieprzewidzianych i niezależnych okoliczności, którym nie można było zapobiec nawet przy zachowaniu przezorności stron, może uzasadnić dopuszczalność ponownego otwarcia procedury ustnej²⁷³. Jeżeli do tego dochodzi, strony uzyskują możliwość zajęcia stanowiska wobec „kwestii nowych”, leżących u podstaw otwarcia, a rzecznik generalny przedstawia drugą opinię w sprawie²⁷⁴.

W tym zakresie więc między dwoma sądami występuje rozbieżność²⁷⁵. Co prawda niezawisłość i niezależność rzecznika generalnego nigdy nie były kwestionowane, ale orzecznictwo ETPCz pokazuje²⁷⁶, że same w sobie nie wystarczają one, aby zagwarantować prawo do sprawiedliwej procedury, w skład której wchodzi prawo do procesu kontradyktoryjnego oraz zasada równości broni. Zapewnienie procedurze sprawiedliwości wymaga istnienia gwarancji proceduralnych, które umożliwią stronom przedstawienie własnego zdania oraz argumentów w każdej kwestii, która może mieć znaczenie dla orze-

²⁷² Art. 61 Regulaminu.

²⁷³ K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, 2006), s. 556.

²⁷⁴ Zob. np. sprawa C-304/02, *Commission v France* z komentarzami L. CLEMENT-WILZ, *Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général*, (2005) 5–6 Cahiers de droit européen and P. WENNERÅS, *A New Dawn for Commission Enforcement Under articles 226 and 228 EC: General and Persistent (GAP) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments*, (2006) 43 Common Market Law Review 31.

²⁷⁵ R. LAWSON, *Current Trends in the Relationship between Strasbourg and Luxembourg*, (ERA Trier, 2–3 June, 2005), s. 5–6.

²⁷⁶ W *Borgers* wyraźnie potwierdzono, że Rzecznik Generalny działał przy zachowaniu pełnej niezależności, a mimo to uznano naruszenie art. 6 Konwencji.

czenia Trybunału. Coraz większego znaczenia nabiera tzw. „doktryna pozorów” (*doctrine of appearances*), która podkreśla wagę społecznego postrzegania funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Opinia publiczna wykazuje coraz większą wrażliwość na zewnętrzne przejawy sprawiedliwości proceduralnej. Jeżeli urzędnik wymiaru sprawiedliwości rekomenduje określone rozwiązanie sądowi(om) lub uczestnicy w naradzie, staje się on, obiektywnie mówiąc, i choćby tylko z zewnętrznej perspektywy, sojusznikiem lub adwersarzem jednej ze stron. Niekwestionowany obiektywizm i bezstronność urzędu nie mają w tym zakresie decydującego znaczenia²⁷⁷.

Czy teoria „sojusznika i adwersarza” może znaleźć zastosowanie do rzecznika generalnego? Rozstrzygnięta przez Trybunał sprawa *Arben Kaba* wskazuje na pozytywną odpowiedź²⁷⁸. Została ona przekazana Trybunałowi do ponownego rozważania na podstawie art. 234 Traktatu przez angielskiego sędziego imigracyjnego. Na pierwszej rozprawie w sądzie krajowym pan Kaba utrzymywał, że wydane wcześniej w tej samej sprawie orzeczenie wstępne Trybunału było oparte na niezrozumieniu faktów oraz prawa krajowego przez rzecznika generalnego. Twierdził, że Trybunał mógł być pod wpływem opinii rzecznika i nie dał stronom możliwości sprostowania rzekomych błędnych ustaleń opinii. Na skutek tej argumentacji sędzia imigracyjny rozpatrujący sprawę postanowił powtórnie przekazać ją do Trybunału w celu wydania drugiego orzeczenia wstępnego. Pytanie tym razem przekazane dotyczyło istnienia dostępnych stronom lub sądowi krajowemu mechanizmów zapewnienia zgodności całości procedury (tj. zarówno tej w sądzie krajowym, jak i postępowania prejudycjalnego przed Trybunałem) z wymogami wynikającymi z artykułu 6 Konwencji.

²⁷⁷ Trzeba zauważyć, że w sprawie *Kress* zakwestionowano urząd „commissaire du gouvernement” na podstawie *doctrine of appearances*.

²⁷⁸ Wyrok Pełnego Składu w sprawie C-466/00, *Arben Kaba v Secretary of State for the Home Department* oraz nota w sprawie M. Varju, 41 (2004) 41 Common Market Law Review 851.

I tym razem Trybunał pozostał niewzruszony. Udzielając odpowiedzi sądowi krajowemu, odwrócił kolejność pytań stawianych przez sędziego, ograniczając się do pytań dotyczących przepisów prawa wspólnotowego w zakresie sytuacji prawnej osób pozostających w związku z małżeńskim z osobą korzystającą ze swobód traktatowych. Innymi słowy, drugie orzeczenie wstępne Trybunału polegało na przywołaniu i powtórzeniu pierwszego orzeczenia w tej samej sprawie. W konkluzji Trybunał stwierdził, że nie ma potrzeby udzielenia odpowiedzi na pytanie o zgodność urzędu rzecznika generalnego z art. 6 Konwencji²⁷⁹.

Wydaje się, że Trybunał nie ma racji, gdy uznaje, że art. 6 Konwencji oraz jego interpretacja przez ETPCz w zakresie prawa do procesu kontradyktoryjnego, nie wymagają umożliwienia stronom zajęcia stanowiska wobec opinii rzecznika generalnego²⁸⁰. Z orzecznictwa ET-PCz wyraźnie wynika, że sprawiedliwość procedury wymaga, aby strony z takiego prawa korzystały. Oznacza to, że Trybunał Sprawiedliwości z jednej i ETPCz z drugiej strony w różny sposób rozumieją prawo do procesu kontradyktoryjnego. Definicja Luksemburga odwołuje się do celu prawa i traktuje je jako narzędzie zapobiegające sytuacji, w której Trybunał orzekałby na podstawie argumentów, co do których strony nie mogły się wypowiedzieć²⁸¹. Natomiast definicja ETPCz podkreśla element „możliwość stron procesu cywilnego lub karnego do zdobycia wiedzy i ustosunkowania się do całego materiału dowodowego lub przedstawionych opinii, nawet gdy pochodzą od *niezawistego* członka krajowego

²⁷⁹ Dla tego drugiego orzeczenia istotna jest opinia rzecznika generalnego Ruiza-Jarabo Colomera. Wskazując na sprawę Emesa Sugar, szczególną uwagę przywiązał do możliwości ponownego otwarcia fazy ustnej postępowania przez Trybunał także na wnioski stron. Jego zdaniem, obowiązujący system ochrony prawnej na poziomie Wspólnot nie narusza prawa do sprawiedliwego procesu. Wręcz przeciwnie, opinie rzecznika pomagają upublicznić i promować przejrzystość funkcji sądowej powierzonej Trybunałowi Sprawiedliwości” (ust. 115 opinii).

²⁸⁰ Ostatnio sprawa C - 496/04, *Slob*, ust. 30.

²⁸¹ Sprawa C - 496/04, *Slob*, ust. 32.

wymiaru sprawiedliwości”²⁸² (wyróżnienie T.T.K.). W ten sposób mamy do czynienia z sytuacją znaną już ze sprawy „*Hoechst*”, w której Trybunał i ETPCz zajmowały rozbieżne stanowisko w zakresie interpretacji art. 8 Konwencji²⁸³. Dopiero niedawno Trybunał postanowił dopasować swoje orzecznictwo do ETPCz²⁸⁴.

Jednak w zakresie rozumienia prawa do procesu kontradyktoryjnego mamy sygnały, że rozbieżność w żadnym wypadku nie jest przypadkowa. W sprawie *Gerry Plant*²⁸⁵ mieliśmy do czynienia z dwoma odrębnymi skargami. W pierwszej sprawie Sąd Pierwszej Instancji, opierając się na dokumentach z drugiej sprawy, orzekł, że skarga została złożona po terminie. Wyrok ten został zaskarżony do Trybunału. Skarżący zarzucali naruszenie przez Sąd Pierwszej Instancji „elementarnej zasady naturalnej sprawiedliwości oraz prawa inherentnie związanego ze sprawiedliwą procedurą”, skoro skarżący nie miał okazji ustosunkować się do przedstawionego materiału dowodowego. Rzecznik generalny w opinii dokonał rozróżnienia na system anglosaski i systemy kontynentalne. Stwierdził, że zgodnie z tym pierwszym postępowanie kontradyktoryjne sprzeciwia się wszystkiemu, co może wpłynąć na wynik postępowania i nie pochodzi od stron. Zgodnie z drugim, prawo do procedury kontradyktoryjnej podlega dwóm ograniczeniom. Po pierwsze, zgodnie z zasadą *iura novit curia* kwestie dotyczące wyłącznie stosowania prawa są wyłączone spod zakresu zasady kontradyktoryjności. Po drugie, założenie o bezstronności urzędów sądowych rozciąga się także na podejmowane kroki *stricto* proceduralne, takie jak wniosek o przygotowanie wewnętrznego sprawozdania lub wezwanie do przedstawienia szczegó-

²⁸² *Vermeulen v. Belgium*, App. No 19075/91, (1996) ECHR 1996-I, ust. 33.

²⁸³ Szczegóły zob. P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text. Cases. Materials*, (Oxford University Press, 2003).

²⁸⁴ Szczegółowo o orzecznictwie piszą M. LIENEMEYER, D. WAELEBROECK, *Case note on C-94/00, Roquette Frères SA*, (2003) 40 *Common Market Law Review* 1481.

²⁸⁵ C - 480/99P, *Gerry Plant and others v. Commission* Rec 2002, I-265 (angielski tekst dostępny na www.curia.europa.eu).

łowych dowodów. Zdaniem rzecznika, takie ujęcie zmniejsza potrzebę zapewnienia stronom możliwości przedstawienia swojego stanowiska w każdym przypadku. Rzecznik skrytykował (istotne, że cytował w tym zakresie wyrok ETPCz w sprawie *Vermeulen*) orzecznictwo ETPCz za przyjęcie modelu anglosaskiego i zaakceptowanie prawa stron do zajęcia stanowiska w przedmiocie całego materiału dowodowego, w tym także nawet opinii niezależnego członka krajowej administracji sądowej wydanej w celu wpływu na orzeczenie sądu²⁸⁶.

Rozumienie zasady kontrydiktoryjności przez rzecznika miało więc charakter znacznie bardziej ograniczony i dotyczyło jedynie dowodu przedstawionego przez jedną ze stron pod osąd sądu. W takim przypadku nie można zakładać, że taki zewnętrzny dowód jest bezstronny i niezależny. Dlatego wówczas strony mają prawo do bycia wysłuchanym. W przeciwnym razie ich prawo do obrony (a więc sprawiedliwość proceduralna) nie będzie przestrzegane. Jego opinia jest interesująca z trzech powodów.

Po pierwsze, wyraźnie akceptuje odejście od rozumienia prawa do procesu kontrydiktoryjnego przyjętego w ETPCz. Strony nie mają prawa ustosunkowania się do *całego* materiału dowodowego. Takie prawo istnieje tylko wówczas, gdy naruszenie kontrydiktoryjności będzie połączone z naruszeniem prawa fundamentalnego. Nie każde więc odstępstwo będzie wywierać ten skutek.

Po drugie, element, który nazywam „zewnętrznym” - tylko wprowadzenie dowodu zewnętrznego wobec Trybunału powoduje, że prawo do procesu kontrydiktoryjnego znajduje zastosowanie. Jak więc z tej perspektywy powinniśmy ocenić opinię rzecznika generalnego? Czy jest to dokument zewnętrzny wobec Trybunału? Przytoczone powyżej orzecznictwo Trybunału prowadzi do wniosku, że opinia jest traktowana jako dokument pochodzący od osoby, która wchodzi w skład Trybunału, która korzysta z niekwestionowanej bezstronności

²⁸⁶ Ust. 34 i 36 opinii.

i niezależności. Wyklucza to zajęcie stanowiska przez strony wobec opinii. Dlatego tak rozumiane prawo do procesu kontradyktoryjnego nie jest naruszone.

Po trzecie wreszcie, jeśli w prawie wspólnotowym zaakceptujemy obowiązywanie *iura novit curia*, stronom będzie bardzo trudno występować o ponowne otwarcie fazy ustnej postępowania, a tym samym korzystanie z tego jedyne go dostępnego instrumentu odpowiedzi na opinię rzecznika. Strony nie mogłyby argumentować, że rzecznik generalny źle zrozumiał prawo, ponieważ zakładamy że „Trybunał i tak zna prawo”²⁸⁷.

Obecnie mamy sytuację, w której Trybunał Sprawiedliwości odmawia analizy swojej procedury z perspektywy sprawiedliwego procesu, jeśli chodzi o udział rzecznika generalnego²⁸⁸. Nie oznacza to oczywiście, że Trybunał jest niewrażliwy na prawa i gwarancje proceduralne. Raczej wynika to z faktu uznania, że ochrona tych praw jest wystarczająca, a obecność i funkcja rzecznika generalnego nie zagrażają równości broni oraz prawu do procesu kontradyktoryjnego. Jednakże ewolucja orzecznictwa ETPCz (od negatywnego wyroku w sprawie *Delcourt* w 1970 r. do pozytywnego rozstrzygnięcia w *Kress* w 2000 r.) pokazuje, że Luksemburg powinien więcej uwagi poświęcić doktrynie „zewnętrznych pozorów” i stale rosnącemu zainteresowaniu opinii publicznej sposobem i metodami funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Orzecznictwo strasburskie potwierdza, że nawet działanie w najbardziej obiektywny sposób nie wystarczy do uznania, że art. 6 Konwencji nie znajduje zastosowania. Kluczową rolę odgrywa tu

²⁸⁷ Komentując sprawę *Kaba*, M. Varju wskazuje, że gdyby uznać, iż w postępowaniu prejudycjalnym prawo krajowe jest faktem do udowodnienia, to sądy wspólnotowe powinny pozostać otwarte na wszelkie argumenty stron. Wówczas argument, że rzecznik generalny źle zrozumiał prawo krajowe, powinien stanowić mocną podstawę przemawiającą za ponownym otwarciem fazy ustnej postępowania”. Jeśli jednak przyjąć zasadę *iura novit curia* także w odniesieniu do prawa krajowego, stanowisko stron w tym względzie nie jest konieczne dla Trybunału; (2004) 41 Common Market Law Review 851, s. 858–859.

²⁸⁸ Zob. również krytyczne uwagi D. SPIELMANN, *L'indépendance de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire*, (2000) Revue trimestrielle des droits de l'homme 585.

zbadanie, czy funkcją sądowego urzędu jest doradzanie i wpływanie na sąd orzekający w kierunku przyjęcia przezeń określonego rozwiązania. Jeśli tak, to analiza danego urzędu musi brać pod uwagę gwarancje proceduralne zawarte w art. 6 Konwencji.

Nikt nie kwestionuje faktu, że rzecznik generalny w Trybunale działa w sposób niezależny i bezstronny. Podobnie nikt nie kwestionuje, że jego głównym zadaniem jest obrona integralności prawa wspólnotowego. Jednakże nikt również nie może zaprzeczyć, że jest on jednym z najbardziej wpływowych członków Trybunału Sprawiedliwości. Sami sędziowie potwierdzają, że opinia rzecznika jest punktem wyjścia do sędziowskiej narady²⁸⁹. Przedstawiona na publicznej rozprawie, niewątpliwie wywiera wpływ na sędziów. Nawet w sprawach, w których nie zgadzają się oni ze stanowiskiem rzecznika, rozbrzmiewa ono w trakcie narady i podlega głębokiej analizie. Biorąc pod uwagę, z jednej strony, wagę procedury dla legitymizacji sądów i postrzeganie społeczne sądu załatwiającego „moją sprawę”, z drugiej zaś usunięcie wszelkich wątpliwości co do przebiegu procedury, ma znaczenie kluczowe. Równość broni wymaga dania stronom głosu na temat jakiegokolwiek dokumentu złożonego w sprawie, na podstawie którego sąd orzeknie o moich prawach i obowiązkach²⁹⁰. Samo zapewnienie formalnych gwarancji, takich jak bezstronność i niezależność, nie wystarczą do stwierdzenia, że prawo do sądu jest przestrzegane.

Aby zapewnić, że tak jest w rzeczywistości, konieczne są dodatkowe zabezpieczenia i gwarancje²⁹¹.

Trybunał Sprawiedliwości zawsze był zwolennikiem rozszerzającej interpretacji prawa do sądu, podkreślając jego wagę jako wspólnotowego prawa podstawowego. To samo podejście powinno być obecne w sy-

²⁸⁹ A. TIZZANO, *Les conclusions représentent le véritable point de départ du délibéré et un moyen essentiel de compréhension de l'arrêt*, EUROPE 4/2007, s. 13.

²⁹⁰ Zob. sprawa *Marlene Kress* (apl. No 39594/98) na www.echr.coe.int.

²⁹¹ ETPCz przyjął całościową ocenę *commisaire du gouvernement*, wychodząc poza analizę jedynie jego formalnego statusu – ust. 44, 48 i 49.

tuacji, gdy sprawiedliwość jego własnej procedury jest kwestionowana, zwłaszcza w przypadku gdy rola rzecznika generalnego zmierza w kierunku jego selektywnego uczestnictwa tylko w najważniejszych sprawach²⁹². W świetle stale podnoszonych zarzutów przeciwko procedurze przed Trybunałem nie powinno być wątpliwości, że prędzej czy później ETPCz uzyska szansę, by się bliżej przyjrzeć procedurze Trybunału. Kryteria oceny, obecne w orzecznictwie ETPCz, dostarczają mocnych argumentów, by uznać, że obecny status rzecznika generalnego i jego odizolowanie od stron może nie wytrzymać krytyki w kontekście przepisów art. 6 Konwencji.

Powstaje więc pytanie, w jaki sposób zażegnać to niebezpieczeństwo? Przyjmując za wskazówkę wyrok ETPCz w sprawie *Kress*, rozwiązania można poszukiwać w umożliwieniu stronom składania dokumentu w postaci „memorandum na naradę”. Nie wymagałoby to ponownego otwarcia procedury ustnej, skoro strony były zobowiązane uczynić to na piśmie w terminie, na przykład, tygodnia od dnia przedstawienia opinii. Musimy zdać sobie sprawę, że jest to istotne nie tylko ze względu na całościową ocenę sprawiedliwości proceduralnej przed Trybunałem Sprawiedliwości. Przypomnijmy, w jaki sposób argumentował sąd krajowy w drugiej sprawie *Kaba*, wskazując na potrzebę łącznej analizy postępowań krajowego i prejudycjalnego przed Trybunałem. Argument nawiązujący do konieczności takiej globalnej oceny jest potwierdzony w wieloletnim orzecznictwie Trybunału zgodnie, z którym postępowanie o wydanie orzeczenia wstępnego jest integralną częścią procedury przed sądem krajowym. Z perspektywy funkcjonalnej sądy krajowe i Trybunał są postrzegane jak uczestnicy jednego postępowania i związani jednym celem: zapewnieniem jednolitości prawa wspólnotowego we wszystkich krajach członkowskich²⁹³. W konsekwencji więc to sąd krajowy ponosi

²⁹² Szczegóły zob. T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny/Community Procedural Code*, (C.H. BECK, 2008).

²⁹³ Jednolitość stanowi prawdziwą *raison d'être* art. 234 Traktatu. Por. sprawa 166/73 *Rheinmuhlen (II)*, [1974] ECR 33, ust. 2.

w ostatecznym rozrachunku odpowiedzialność za wszelkie naruszenie Konwencji w postępowaniu toczącym się przed Trybunałem! Jest to bardzo mocny argument, którego nie można nie dostrzegać.

W końcu, sprawiedliwość proceduralna wymaga od Trybunału uzasadniania swojego orzeczenia w przekonujący i kompletny sposób. Nie chodzi o proste wymierzanie sprawiedliwości, ale o zapewnienie, że następuje to w sposób zrozumiały. Jest to tzw. przejrzystość przez uzasadnianie. W tym zakresie procedowanie przez Trybunał pozostawia wiele do życzenia. We wszystkich sprawach, w których strony wniosowały o ponowne otwarcie fazy ustnej postępowania, Trybunał na odrzucenie ich argumentacji potrzebował najwyżej dwóch ustępów uzasadnienia. Nie jest to zadowalające, ponieważ niektóre argumenty stron, kwestionujące proceduralne usytuowanie rzecznika i brak proceduralnych gwarancji dla stron, pozostały bez odpowiedzi. Tymczasem „efekt sprawiedliwości proceduralnej” uczy nas, że większe jest prawdopodobieństwo akceptacji orzeczenia także przez stronę przegrywającą, jeżeli opuszcza ona sąd z przekonaniem, że procedura poprzedzająca niekorzystne rozstrzygnięcie była sprawiedliwa. Dlatego Trybunał powinien zwracać większą uwagę na wyjaśnianie motywów swojego postępowania, zamiast mechanicznego powtarzania w każdej sprawie lakonicznego *dicta* ze sprawy *Emesa Sugar* i bez podjęcia próby rozróżnienia rozstrzyganych spraw. Skarga *Emesa Sugar* do ETPCz, złożona po wydaniu przez Trybunał postanowienia, pozostaje sygnałem ostrzegawczym oraz ukazuje, jak niebezpiecznie sprawy mogą się potoczyć, jeśli Trybunał będzie nadal w sposób bezrefleksyjny trwał przy swoim stanowisku. W ostatecznym rozrachunku może to doprowadzić do uznania przez ETPCz braku elementów sprawiedliwego postępowania przed Trybunałem w Luksemburgu. ■

PODSUMOWANIE

Prawo do sprawiedliwej procedury? Wspólnotowe prawo fundamentalne. W stronę godnościowej koncepcji procedury w prawie wspólnotowym

1. REWOLUCJE PROCEDURALNE.

O GŁOSIE, UCZESTNICTWIE I WARTOŚCIACH

Poprzednia analiza była zorientowana na procedurę (a zasadnicze pytanie brzmiało: „Kiedy to procedura ma znaczenie?”), a nie tylko na wynik. Koncentrowała się wokół zasad, praw i wartości, które powinny być brane pod uwagę przy ocenie sprawiedliwości proceduralnej. Wydaje się, że słowami najlepiej oddającymi ideę sprawiedliwości proceduralnej są *uczestnictwo* (możliwość wpływania na skutek) oraz *głos* (możliwość przedstawienia własnego poglądu). Jednak te dwie zmienne są niewystarczające do zapewnienia rzeczywistej sprawiedliwości. Wymaga ona faktycznej możliwości uczestnictwa jednostki, posiadania przez nią głosu w procedurze oraz możliwości egzekwowania swojego prawa do uczestnictwa i głosu. Podkreślenie jakościowej różnicy między *uczestnictwem/głosem* a *rzeczywistym uczestnictwem/głosem* jest kluczowe, ponieważ słusznie zaobserwowano, że „zawsze jest miejsce na symboliczne zapewnienia i cyniczną manipulację formami proce-

dury ze strony decydenta, który nie ma zamiaru być przekonywanym i którego umysł pozostaje zamknięty. W celu przewycięzenia tej sytuacji niektóre reguły proceduralne mają służyć uczynieniu procesu decyzyjnego wartościowym, a nie jedynie rytualnym”²⁹⁴.

Powyzsza analiza pozwala na sformułowanie następujących wniosków sumujących. Jej punktem wyjścia była perspektywa normatywna, a nie instrumentalna, sprawiedliwości proceduralnej. Zarówno jedna, jak i druga dowodzą, że ludzie czują się lepiej traktowani, gdy mają możliwość wyrażenia opinii oraz przedstawienia argumentów. Jednak z perspektywy instrumentalnej taka możliwość będzie wartościowa subiektywnie jedynie w stopniu, w jakim wyrażający opinie i przedstawiający argumenty są przekonani, że postępując w ten sposób, zachowują wpływ na rezultat. Podejście instrumentalne zaproponowane w „teorii kontroli decyzji” Thibauta i Walkera²⁹⁵ oparte było na założeniu o korzystnych rezultatach. Jeśli ludzie czują, że mają kontrolę nad mającymi zapasć orzeczeniami, to wierzą, że procedura jest sprawiedliwa. Kiedy uważają, że nie mają takiej kontroli, to uznają ją za niesprawiedliwą. Decydujący jest tu stopień, w jakim mogą wpływać na orzeczenie wydane przez podmiot trzeci.

Z drugiej strony perspektywa normatywna przedstawia osoby, które szczególną wagę przywiązują do swoich doświadczeń nie związanych z wynikiem procedury. Te doświadczenia to neutralność, brak stronniczości, uczciwość, dążenie do bycia sprawiedliwym, uprzejmość i szacunek dla praw obywateli²⁹⁶. To, co jest cenne z tej perspektywy, to danie jednostce prawa do przedstawienia swojej sprawy, bez względu na to, czy wpłynie to ostatecznie na orzeczenie. Możemy powiedzieć, że perspek-

²⁹⁴ DeSmith, Woolf, Jowell's *Principles of Judicial Review*, (Sweet and Maxwell, 1999), s. 246.

²⁹⁵ J. THIBAUT, L. WALKER, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, (Hillsdale N.J. Laurence Erlbaum, 1975).

²⁹⁶ T. R. TYLER, *Why people obey the law*, (Yale University Press, New Haven, London), s. 7.

tywa normatywna jest nieinstrumentalna i jako taka bardziej ambitna, ponieważ postuluje, aby ludzie odczuwali, że są traktowani sprawiedliwie, nawet gdy wiedzą, że to, co mówią, może nie wpłynąć na decyzję strony trzeciej. W tym sensie skłania jednostki do przechodzenia od perspektywy zorientowanej na skutek do perspektywy podkreślającej rolę wartości.

Moja charakterystyka procedury podkreśla jej godnościowy charakter. Procedura jest badana niezależnie od skutków i w ten sposób prezentuje oraz promuje wartości, które zdefiniują ideę sprawiedliwości proceduralnej. Element wartości jest wyróżnikiem tego podejścia nazywanego *value expressive*²⁹⁷. Ma to podkreślać fakt, że ocena procedury nie jest związana z korzystnym wynikiem. Jeżeli rezultaty procedury mają być odczuwane przez strony i doceniane ze względu na całościową ocenę procedury, należy wziąć pod uwagę trzy elementy, które powinny charakteryzować procedurę na każdym jej etapie. Są to: bezstronność, dobra wiara i uwzględnienie innych stanowisk i poglądów. Osoby zwracające się do sądu muszą być ciągle zapewniane, że sędzia jest bezstronny, działa w dobrej wierze, a ich opinia jest traktowana poważnie, nawet wówczas gdy efekt końcowy okaże się inny od pożądanego przez stronę. Takie konsekwentne przestrzeganie wartości sprawiedliwości proceduralnej promuje rozwiązywanie sporów.

W moim rozumieniu sprawiedliwości proceduralnej respektowanie proceduralnych praw i gwarancji nie zawsze zagwarantuje, że skutek będzie, ze względu na normy materialne, sprawiedliwy i oczekiwany. Wynika to z przyjęcia założenia, że skutek przestaje determinować naszą recepcję i postrzeganie samej procedury. Oceniana jest ona raczej w kontekście inherentnych wartości proceduralnych i stopnia, w jakim są one wprowadzone w życie w trakcie trwania postępowania. Będziemy skłonni zaakceptować wynik, naszym subiektywnym zdaniem niewłaś-

²⁹⁷ T. R. TYLER, K. A. RASINSKI, N. SPODICK, *The influence of Voice on Satisfaction with Leaders: Exploring the Meaning of Process Control*, (1985) 48 *Journal of Personality and Social Psychology* 72.

ciwy, właśnie dlatego, że zostaliśmy wysłuchani i otrzymaliśmy głos. Jednak ta akceptacja wynika z procedury, a nie z substancji. W ten sposób procedura zaczyna występować jako siła samousprawiedliwiająca i racjonalizująca się, a idea sprawiedliwości proceduralnej jawi się jako procedury prowadzące do orzeczenia, a nie same orzeczenia będące rezultatem procedury.

Można w tym miejscu zadać pytanie, czy sprawiedliwy wynik da się osiągnąć poprzez nieuczciwą procedurę. Nie powinniśmy tego od razu wykluczać, ale trzeba przyznać, że trudno sobie to wyobrazić. Ostrożną odpowiedzią na to pytanie będzie stwierdzenie, że pogwałcenie sprawiedliwości proceduralnej może wyjątkowo prowadzić do sprawiedliwego wyniku, ale będzie to raczej kwestia przypadku niż wynik zaplanowanego scenariusza. Z kolei patrząc z drugiej strony, jest bardziej prawdopodobne, że przestrzeganie sprawiedliwości proceduralnej zwiększa szansę osiągnięcia właściwego wyniku, który dla stron będzie sprawiedliwy. Przeciwnie do sytuacji, w której gwarancje proceduralne są pogwałcone, ale procedura daje sprawiedliwy efekt, sprawiedliwy proces zwykle prowadzi do sprawiedliwego wyniku, ponieważ taka korelacja tkwi w samej naturze rzeczy, a nie jest dziełem czystego przypadku.

W kontekście powyższych ustaleń nasuwa się kolejne pytanie. Czy słuszne jest założenie, że zwycięzca jest zadowolony z wyniku (z jego perspektywy sprawiedliwego), a przegrany pozostaje niezadowolony (utrzymując, że wynik jest niesprawiedliwy)? Czy nie powinniśmy jednak przyjąć perspektywy dłuższego łańcucha zdarzeń i na tej podstawie oceniać sprawiedliwość wyniku? Odpowiadając na to pytanie, trzeba spojrzeć na sprawiedliwość proceduralną z dwóch perspektyw: obiektywnej i subiektywnej. Obiektywna sprawiedliwość proceduralna jest zdolnością procedury do dostosowania się do standardów normatywnych sprawiedliwości, spowodowania, że albo same orzeczenia, albo proces decyzyjny prowadzący doń są

bardziej sprawiedliwe poprzez wyeliminowanie np. nieakceptowanej stronniczości czy uprzedzenia”²⁹⁸. Z drugiej strony subiektywna sprawiedliwość proceduralna pokazuje nam reakcje i odpowiedzi stron na procedurę lub, bardziej ogólnie, na jej uczestników. W moim przekonaniu to właśnie w tym miejscu dochodzi do głosu analiza proceduralna.

Zwykłe rozróżnienie między procedurą poprzedzającą orzeczenie a samą decyzją jest zbyt prostym uproszczeniem i powinno się do niego podchodzić ostrożnie. Orzeczenie i gotowość stosowania się doń są analizowane przez pryzmat procedury, której orzeczenie jest tylko i wyłącznie efektem końcowym. Tak zwany efekt proceduralny sprawiedliwości proceduralnej pokazuje, że gotowość akceptacji decyzji zależy nie tylko od skutku, ale również od oceny samej procedury jako sprawiedliwej. Im bardziej strony uznają ją za sprawiedliwą, tym szybciej przyjmą sam wynik, nawet jeśli będzie on dla nich niekorzystny²⁹⁹. W istocie surowe prawo jest akceptowalne, gdy jest stosowane w sposób uczciwy i bezstronny³⁰⁰. W tym sensie idea sprawiedliwości proceduralnej oznacza docenienie wartości procedury, niezależnie od jej wpływu na słuszność i trafność skutku³⁰¹. Patrząc z perspektywy wartości, zadajemy sobie pytanie, jakim wartościom służą procedury? Odpowiedź nie jest łatwa, ale zawsze wartości takie jak godność, uczciwość i uczestnictwo

²⁹⁸ E. A. LIND, T. R. TYLER, *op. cit.*, s. 3.

²⁹⁹ Prawnicy mogą wiele skorzystać z psychologicznego podejścia do sprawiedliwości proceduralnej przedstawionej w: J. THIBAUT, L. WALKER, *Procedural Justice. A psychological analysis*, (Hillsdale N.J. Laurence Erlbaum, 1975), pracy uznawanej za najważniejszą spoza dziedziny prawa na temat sprawiedliwości proceduralnej i która stanowiła nowy bodziec dla badań nad sprawiedliwością zorientowaną na procedurę. Równie ważna jest kolejna praca E. A. LIND, T. R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, (New York, Plenum, 1988).

³⁰⁰ Sędzia Jackson in *Shaughnessy v. United States*, 345 US 206 (1953).

³⁰¹ W szczególności zob. prace R. S. SUMMERSA, który mógłby być uznany za prawdziwego prekursora podejścia do procedur opartego na wartościach; zob. zwłaszcza jego przełomowy tekst *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for “Process Values”*, (1974) 60 Cornell Law Review 1.

stanowią sedno procedury (koncepcja tzw. inherentnych wartości proceduralnych)³⁰², nawet wówczas gdy w sposób marginalny wpływają na trafność orzeczenia.

Jednak, jak słusznie zauważył prof. Bayles, koncepcja „inherentnych wartości proceduralnych” może być myląca. Może sugerować, że wartości proceduralne są niezależne od skutku. Podczas gdy koszty - moralne Dworkina i ekonomiczne Posnera - są rezultatem niewłaściwych orzeczeń, inherentne wartości proceduralne są niezależne od skutków decyzyjnych. Jak to ujął Bayles, „[...] łańcuch skutkowy od procedury do ekonomicznych i moralnych kosztów wiedzie poprzez orzeczenie [...] łańcuch od procedury do wartości proceduralnych lub korzyści nie prowadzi poprzez orzeczenie. *Wartości proceduralne są [...] satysfakcją czerpaną z samego procesu*”³⁰³ (wyróżnienie T.T.K.). Prowadzi to z kolei do autonomicznej koncepcji procedury i jest istotne, ponieważ daje nam nowe kryterium oceny procedury: wartości, którym procedura służy i które promuje. W konsekwencji skutek (jego precyzja, trafność, słuszność) staje się tylko jedną ze zmiennych, ze względu na którą wybieramy procedurę. Perspektywa wartości może oznaczać, że będziemy preferować jedną procedurę nad drugą, mimo że obie są porównywalne z perspektywy trafności. Opierając się na próbie Baylesa zebrania proceduralnych korzyści i zasad, możemy zaprezentować następujący katalog.

Zgodnie z *zasadą ugodowości* (dosłownie „pokojuowości”), procedury tworzą ramy dla ugodowego rozwiązywania sporów. *Dobrowolność* oznacza, że ludzie z własnej woli zgadzają się na prawne rozwiązanie swoich sporów. *Zasada uczciwości* mówi, że procedury prawne powinny być uczciwe, a strony traktowane równo i powinny mieć szansę znaczącego uczestnictwa w postępowaniu. Przekłada się to na proceduralne prawo bycia wysłuchanym, zanim orzeczenie zostanie wydane. *Zasada*

³⁰² M. BAYLES, *Principles for Legal Procedure*, (1986) 5 Law and Philosophy 33 s. 51.

³⁰³ *Ibidem*.

ta jest ściśle związana z efektem proceduralnej sprawiedliwości (znaczące uczestnictwo oraz uczciwość procedur zwiększa gotowość stron do akceptacji orzeczenia oraz szanse jego przestrzegania).

Uczciwość nie jest zasadą jednolitą. Jest ona określona przez zasady cząstkowe: (i) strona rozstrzygająca spór powinna być neutralna; (ii) strony powinny mieć równe szanse przedstawienia sprawy i ustosunkowania się do twierdzeń i roszczeń drugiej strony. *Czytelność* oznacza, że procedury powinny być zrozumiałe dla stron. Ludzie muszą rozumieć proces oraz racje stojące za decyzją. *Czasowość* oznacza brak nieuzasadnionego przedłużania procedur. Odroczone sprawiedliwość jest zaprzeczeniem jej samej. I wreszcie zasada, która zakłada, że w pewnym momencie procedury należy podjąć ostateczną decyzję, której się już nie rozpatruje.

Ten katalog nie jest i nie powinien mieć charakteru wyczerpującego. Jego głównym zadaniem jest ukazanie, że jurysprudencja oparta na wartościach jest decydująca dla naszego procesu rekonstrukcji sprawiedliwości proceduralnej oraz przyczynia się racjonalizacji prowadzonej na ten temat dyskusji. Wartości proceduralne oraz stopień ich implementacji w trakcie toczącego się postępowania mogą spełniać autonomiczne kryterium wyboru procedury. W tym sensie trzeba nadać nowe znaczenie klasycznym, ale przestarzałym podziałom na zwycięzców i przegranych. Perspektywa wartości proceduralnych pozwala uniknąć takich antagonistycznych przeciwstawień. Wszyscy możemy być zwycięzcami, ponieważ czerpiemy zadowolenie z godnego i poważnego traktowania oraz wysłuchania. Nasze argumenty są rozpatrywane przez niezawisłych, bezstronnych (konieczne minimum), receptywnych, otwartych, lojalnych, spójnych, opierających uzasadnienia na zasadach „dobrych sędziów”. Sprawiedliwy proces zakłada i jest oparty na etosie sędziego, który gotowy jest interweniować w celu zapewnienia przestrzegania tych wymogów proceduralnych, które stanowią trzon sprawiedliwości proceduralnej.

2. JAKA SPRAWIEDLIWOŚĆ PROCEDURALNA W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM?

Akceptujemy sprawiedliwość jako kryterium oceny prawa i jako jedną z podstawowych zasad systemu prawa. Wpływa ona na ustawodawstwo i sędziów, jest źródłem praw i obowiązków oraz kryterium ważności norm prawnych. Zasady są wzajemnie ważone, by osiągnąć zadowalające rozwiązanie. Niektóre ustępują pierwszeństwa innym. Niektórym, w zależności od okoliczności, nadawany jest większy ciężar. Wszystko to dzieje się jednak bez unieważniania innych zasad.

Sprawiedliwość jest szczególnym rodzajem zasady fundamentalnej, ponieważ nie wyczerpuje się w prostym dworkinowskim akcie ważenia. Każdy sędzia musi próbować osiągnąć rozwiązanie sprawiedliwe. By podkreślić tę szczególną rolę sprawiedliwości, A. Barak wymienia dodatkowo „rezydualny autorytet” sprawiedliwości. Jak twierdzi: „Zakładając, że początkowo ważąc wartości (w tym sprawiedliwość), ich ciężar okaże się równy [...] sędzia ma dodatkowo do dyspozycji sprawiedliwość jako wartość rezydualną”. Innymi słowy, pod koniec procesu, gdy decyzja należy do sędziego, to sprawiedliwość będzie odpowiednią wartością, na podstawie której powinien on podjąć decyzję. Kontynuuje tak: „Kiedy pozostałe wartości nie prowadzą do decyzji, sędzia powinien się odwołać do poczucia sprawiedliwości, [...] nie jest ona jedynie kolejną z wartości systemowych, ale wartością rezydualną, która może rozstrzygać trudne sprawy”³⁰⁴.

Te rozważania są pomocne w docenieniu sprawiedliwości proceduralnej.

Po pierwsze, jest ona fundamentalną zasadą dotyczącą oraz wpływającą na właściwy sposób tego szczególnego zachowania społecznego, jakim jest proces oraz akt orzekania. Jest pomostem i jednocześnie pełni funkcję ostatecznego kryterium konstrukcyjnego dla procedury. Trybu-

³⁰⁴ A. BARAK, *The Judge in a Democracy* (Princeton University Press, 2006), s. 67.

nał Sprawiedliwości nie miał jeszcze okazji wypowiedzieć się w przedmiocie tego szczególnego statusu sprawiedliwości proceduralnej i dlatego należałoby uznać, że idea sprawiedliwości proceduralnej powinna być przywoływana w dużo bardziej zdecydowany i śmiały sposób, ilekroć w grę wchodzi pytania o poprawność procedury³⁰⁵. Wartość rezydualna i elementarny charakter sprawiedliwości proceduralnej powinny decydować we wszystkich sprawach, w których inne wartości nie pozwalają wydać orzeczenia. Wówczas sędzia musi się odnieść do sprawiedliwości proceduralnej i w tym kontekście odpowiedzieć na postawione pytanie.

Po drugie, uznajemy sprawiedliwość proceduralną za wartość fundamentalną, ponieważ determinuje ona nie tylko przebieg procedury i zachowanie jej uczestników, ale również zawartość (jakość) procedury. Czasem możliwe jest określenie niezależnego standardu w celu rozstrzygnięcia, jaki rezultat jest sprawiedliwy, czy też znalezienia procedury gwarantującej taki skutek. Częściej będziemy gotowi uznać konkretny rezultat za sprawiedliwy, ale nie będziemy w stanie rozstrzygnąć o procedurze, która taki rezultat będzie gwarantować. Możemy nie dysponować niezależnym kryterium, a jednak procedura będzie prowadzić do rezultatu, który uznamy mimo to za sprawiedliwy. Zależność między rezultatem a procedurą ilustruje wyróżnienie kilku rodzajów sprawiedliwości proceduralnej.

Idea „doskonałej sprawiedliwości proceduralnej” ukazuje, że możemy wypracować zarówno kryterium sprawiedliwego wyniku, jak i procedurę zapewniającą osiągnięcie takiego wyniku. Istnieje niezależne kryterium określania sprawiedliwego rozdziału dóbr, które jest określane niezależnie i uprzednio wobec procedury³⁰⁶. Często będziemy mieli do czynienia z sytuacją niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej, gdzie niemożliwe jest znalezienie procedury gwarantującej sprawiedli-

³⁰⁵ Warto zauważyć, że podobne argumenty pojawiają się w stanowiskach stron. Przykład takiej (nieudanej) próby zob. sprawa C - 480/99, *Gerry Plant and others v. Commission*, ust. 26 opinii rzecznika generalnego.

³⁰⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, (Harvard University Press, Cambridge, 1971), s. 85.

wy rezultat³⁰⁷. O ile znane będzie kryterium określenia sprawiedliwego wyniku, to nie będziemy dysponowali procedurą gwarantującą jego realizację. W końcu możemy się znaleźć w sytuacji niemożności osiągnięcia porozumienia co do tego, czym jest sprawiedliwy wynik. W takim przypadku mamy do czynienia z tzw. czystą sprawiedliwością proceduralną, która zakłada, że akceptujemy jako sprawiedliwy każdy rezultat będący wynikiem procedury uznanej za sprawiedliwą³⁰⁸.

Czy taka proceduralna stratyfikacja może być przydatna dla prawa wspólnotowego? Wydaje się, że nie można ostatecznie stwierdzić, który model sprawiedliwości proceduralnej powinien odzwierciedlać osobliwości wspólnotowego systemu ochrony prawnej. Będziemy się raczej poruszali między modelami niedoskonałej i doskonałej sprawiedliwości proceduralnej traktowanymi jako wyraz aspiracji i postulat. W moim rozumieniu procedury, pożądane/sprawiedliwe/słuszne rezultaty mogą być osiągnięte, kiedy procedurą zawiaduje sędzia niezależny, bezstronny, racjonalny oraz rozumujący w sposób spójny. Te instytucjonalne elementy statusu sędziowskiego, połączone z prawami i gwarancjami proceduralnymi, mogą służyć jako kryterium oceny rezultatu. Byłby to więc przypadek niedoskonałej sprawiedliwości proceduralnej. Ale jeśli zgodzimy się co do minimalnej zawartości procedur, która decydowałaby o jej sprawiedliwości, to wtedy można by twierdzić, że procedura jest sprawiedliwa, a to z kolei prowadziłoby w konsekwencji do akceptacji wyników, które z definicji są uznane za pożądane/uczciwe/słuszne, skoro emanują ze sprawiedliwej procedury. W takim przypadku mielibyśmy sytuację „czystej sprawiedliwości proceduralnej”.

Doceniając wagę tych definicyjnych wątpliwości, powinniśmy raczej zwrócić uwagę na to, co rzeczywiście jest istotne i pewne w na-

³⁰⁷ Odnosząc się do przykładu procesu karnego, Rawls twierdzi, że „wydaje się niemożliwym tak zbudować reguły prawne, aby zawsze prowadziły do sprawiedliwego rezultatu, a więc takiego, w którym oskarżony zostaje uznany za winnego, jeśli popełnił przestępstwo, o które jest oskarżany”, *op. cit.*, s. 85–86.

³⁰⁸ Zob. też J. RAWLS, *op. cit.*, s. 85.

szej analizie. O Trybunale Sprawiedliwości mówi się, że rzuca cień na wszystkich aktorów integracji europejskiej³⁰⁹. Dotyczy to również perspektywy proceduralnej. Sprawiedliwość proceduralna wraz z konstruującymi ją elementami zapewnia rzeczywiście centralny status jednostki. Prawo do sprawiedliwej procedury staje się autonomicznym dwuwymiarowym prawem człowieka. Z jednej strony, z perspektywy jednostki prawo to nie tylko dotyczy ochrony praw podmiotowych (jest to klasyczne rozumienie procedury, która służy realizacji praw podmiotowych), ale ponadto staje się również jedynym środkiem „prowadzącym do skutku, który będzie zgodny z konstytucją i w ten sposób rzeczywiście zapewnia przestrzeganie praw konstytucyjnych w świetle współczesnych problemów”³¹⁰. W tym rozumieniu prawo do procedury jest zrównane z prawem do skutecznej ochrony prawnej i jako takie zaadresowane do sądów. Z drugiej zaś strony prawo do procedury z perspektywy legislacyjnej dotyczy kompetencji prawodawczej do wprowadzania w życie reguł proceduralnych³¹¹. Dla jednostki obie perspektywy są ważne.

Prawo wspólnotowe, obsługiwane przez pewne i skuteczne procedury realizuje, najbardziej podstawową ideę kryjącą się za sprawiedliwością proceduralną: godność jednostki. Dlatego dzisiaj presja badawcza powinna zmierzać ku podkreśleniu autonomicznej i godnościowej koncepcji procedury. Prawa proceduralne stają się prawami autonomicznymi wobec klasycznie rozumianych praw podmiotowych. Są prawami godnościowymi w sensie traktowania jednostki podmiotowo, a nie przedmiotowo.

³⁰⁹ J. CORKIN, *A Manifesto for the European Cort. Democracy, decentred governance and the process-perfecting judicial shadow*, (Phd thesis, European University Institute, Department of Law, Florence, November, 2006).

³¹⁰ K. HESSE, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, (1978) EuGRZ 434 cytat z R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, (Oxford University Press, 2002), s. 314.

³¹¹ R. ALEXY, *op. cit.*, s. 317.

Sprawiedliwe procedury nie są traktowane instrumentalnie jako prosty środek do celu³¹². Stanowią jeden z elementów prawnego i demokratycznego procesu, który odnosi się do jednostek z troską i szacunkiem³¹³. Samo uczestnictwo w procedurze jest wartością godną ochrony, niezależnie od końcowego wyniku i jego wkładu w słuszność sędziowskich decyzji. Jak to ujął L. Solum, tylko sprawiedliwe procedury mogą legitymizować niesłuszne wyniki³¹⁴. Niemal zawsze najwyższą moralnością jest moralność proceduralna³¹⁵. Na podstawie gwarancji, wartości i praw proceduralnych można oceniać procedurę w sposób niezależny i abstrahując od tego, czy w każdych okolicznościach przynosi słuszny rezultat.

Świadomi proceduralizacji, możemy przyznać, że w prawie wspólnotowym „prawa proceduralne są zasadami wyższej rangi górującymi nad pozostałymi”³¹⁶. Jednakże bazowanie tylko na regule kolizyjnej, zgodnie z którą prawa proceduralne mają zawsze pierwszeństwo przed pozostałymi, byłoby dużym uproszczeniem i groziłoby jednowymiarowością spojrzenia. Nie powinniśmy zapominać, że modelowy sędzia (proceduralny Herkules) waży zasady. Tym samym sędzia uzyskuje możliwość kształtowania procedury, by zapewnić jak najlepsze współistnienie praw proceduralnych z innymi godnymi ochrony interesami. Oznacza to, że niezbędna jest proceduralna kreatywność. Pewne proce-

³¹² Ta uwaga ma szczególne znaczenie dla polskich prawników. Ostatni przykład z ETPCZ ukazuje bowiem w dramatyczny sposób zupełne niedocenienie przez polskie organy proceduralnej strony prawa. Wynika to z powszechnie dominującego w naszym myśleniu prawniczym założenia o drugorzędnej roli procedur. Zob. sprawa *Alicja Tysiąc* i interesującą głosę I.C. Krzemińskiego, Europejski Przegląd Sądowy 4/2008.

³¹³ Tak zdecydowanie R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (1977).

³¹⁴ L. B. SOLUM, *Procedural Justice*, University of San Diego Public Law Research Paper no 4/2002 dostępny na www.ssrn.com.

³¹⁵ A. M. BICKEL, *Watergate and Legal Order*, (1974) 57 *Commentary* 19. s. 25.

³¹⁶ Rzecznik generalny J. MISCHO w połączonych sprawach C - 6, 9/90, *Francovich and Bonifaci v. Italy*, [1991] ECR 5357, s. 5385–5386.

duralne prawa muszą być przestrzegane, nawet gdy przepisy milczą³¹⁷. Wówczas ważenie będzie miało charakter intuicyjny (co jest proceduralnie sprawiedliwe/niesprawiedliwe, czy pewne gwarancje proceduralne wchodzi w zakres sprawiedliwości proceduralnej, itd.). To wszystko pozwala sformułować tezę, że akt ważenia, sądowa kreatywność stanowią inherentne elementy modelu sprawiedliwości proceduralnej³¹⁸.

Równie ważny jest fakt, że sprawiedliwość proceduralna w prawie wspólnotowym nie jest ukształtowana po wsze czasy. Wręcz przeciwnie, mamy do czynienia z dynamicznym i ewoluującym procesem. Przypomina on proceduralną powieść łańcuchową, kontynuowaną i rozwijaną przez obecne i przyszłe pokolenia sędziów. Zatem dzisiejsze składniki sprawiedliwości proceduralnej nie powinny być postrzegane jako wyczerpujące jej zakres także w przyszłości. Raczej prawa i gwarancje, takie jak prawo do sądu, do bycia wysłuchanym, prawo do obrony, procesu kontradyktoryjnego, postępowania w rozsądnym czasie, tworzą kręgosłup idei.

Sprawiedliwość proceduralna powinna być analizowana w sposób elastyczny. Dotyczy wartości/praw proceduralnych, które określają zawartość procedury prawnej³¹⁹. Jest ideą nadrzędną, która te prawa i gwarancje łączy oraz porządkuje³²⁰, a na nas wymusza ich przestrzeganie ze względu na ich niepodważalne zalety. Dlatego skonstruowany powyżej zarys modelu jest przede wszystkim godnościowy (element wartości), a nie instrumentalny (elementy sprawiedliwości jako środek do zapewnienia słusznego

³¹⁷ Sprawa C - 288/96, *Germany v. Commission*, [2000] ECR I - 8237 ust. 99 oraz sprawa C - 462/98P, *Mediocurso v. Commission*, [2000] ECR I - 7183, ust. 36.

³¹⁸ Zob. ostrożną opinię rzecznika generalnego F. JACOBSA w połączonych sprawach C - 430,431/93, *Van Schijndel & van Veen v. Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten*, [1995] I - 4705, ust. 24 - 25.

³¹⁹ T. CHAUVIN, *Prawa stają się prawem: demokratyczne procedury w służbie wartości*, w M. WYRZYKOWSKI, (red.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, (Liber, Warszawa, 2006).

³²⁰ To *dictum* nawiązuje do języka, którym posługiwał się ETPCz w sprawie *Golder v. UK*, gdzie stwierdzono „prawa, które wywodzą się z idei i które gdy ujęte razem składają się na jedno prawo podmiotowe, niekoniecznie zdefiniowane w wąskim znaczeniu tego słowa”; (1975) 18 EHRR 524, ust. 28 (wyróżnienie T.T.K.).

i trafnego rezultatu). Godnościowa sprawiedliwość proceduralna oznacza rządy prawa i podkreśla element uczestnictwa, podczas gdy wersja instrumentalna koncentruje się wokół stosowania przepisów prawa, uczestnictwo traktując jako środek do zapewnienia trafności orzeczenia³²¹.

Idea sprawiedliwości proceduralnej w prawie wspólnotowym jest odzwierciedlona w prawach i gwarancjach stosowanych na różnych etapach procedury sądowej oraz w zdolności procedury do adaptacji do standardów normatywnych sprawiedliwości, tak aby proces decyzyjny uczynić bardziej sprawiedliwym. I tak punktem wyjścia jest dostęp do sprawiedliwości proceduralnej („prawo skutecznego dostępu” jako część składowa „prawa do sądu”). Następnie, po rozpoczęciu procedury, będzie ona kształtowana w kontekście sprawiedliwości proceduralnej. Na tym etapie mówimy o organizacji/składzie sądu (ustanowionego przez prawo, niezależnego i bezstronnego) oraz przebiegu procedury (perspektywa praw podmiotowych i gwarancji proceduralnych). Dopiero połączenie tych rozrzuconych elementów składa się na model sprawiedliwości proceduralnej we Wspólnocie opartej na rządach prawa.

Ideę sprawiedliwości proceduralnej postrzegam jako wkład w zmianę perspektywy oraz zachętę do bardziej twórczego wykorzystywania procedur. Dziś prawo i procedury nie ograniczają się jedynie do przepisów i sędziów. Ci ostatni przestają być jedynie *les bouches qui prononcent les paroles de la loi*, jak zwykł mawiać Monteskiusz. Raczej są zobowiązani do wymierzania sprawiedliwości w sposób bezstronny i otwarty, stosując metody interpretacji, ustalania faktów i orzekania, tym samym przyczyniając się do zapewnienia, że procedura jest sprawiedliwa. Ta uwaga ma szczególne znaczenie dla polskiego świata prawnego zdominowanego przez czarno-biały schemat rozumowania, wypaczonego przez automatyczne podejście do prawa i procedur, z pominięciem elementu refleksji nad celem, któremu mają służyć, oraz ich nadrzędnym *ratio legis*. W tym też sensie sprawied-

³²¹ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (Mineola, New York, 1988, The Foundation Press, 1988), s. 667.

liwość proceduralna jest czymś więcej niż tylko perspektywą normatywną. Wymaga wykorzystania intuicji i doświadczenia życiowego, odwołania się do elementu sprawiedliwości jako wartości rezydualnej, co w efekcie ma im umożliwić trzymanie się z dala od niesprawiedliwości³²².

Nawet jeśli zgodzimy się z uderzającym w swojej prostocie pytaniem Kelsena: „Co to jest sprawiedliwość?”³²³ i nie znajdziemy łatwych i pewnych odpowiedzi, prawo powinno zawsze aspirować do roli sprawiedliwego. Realizacja sprawiedliwości proceduralnej powinna być sędziowską aspiracją. Ma to decydujące znaczenie w dzisiejszym świecie procedur i środków ochrony prawnej. Legitymacja Wspólnoty jest wyprowadzana z podejścia charakteryzującego się naciskiem na prawa podmiotowe. Oznacza to, że uprawnione jednostki mają bronić swych praw w najlepszych możliwych okolicznościach i podejmować świadome decyzje co do dróg i strategii sądowych, tak aby wiedzieć, co zyskają na procedurach sądowych. Główną rolę w ocenie będzie odgrywała procedura. Nie każda jednak, lecz tylko gwarantująca skuteczny udział oraz posiadanie głosu, co samo w sobie jest wartością proceduralną. W tym sensie procedura w prawie wspólnotowym powinna być postrzegana jako koncepcja godnościowa, bez prób „analizy wynikowej”. Zamiast tego powinniśmy się zgodzić, że procedury są opracowywane z domniemaniem o racjonalnym skutku (orzeczeniu), ale bez gwarancji osiągnięcia go w każdym indywidualnym przypadku stosowania prawa. Czasami ten „racjonalny” skutek może być różny od „słusznego” wyniku. „Racjonalne” byłoby orzeczenie będące amalgamatem różnorodnych zmiennych i wartości proceduralnych, takich jak obowiązek wagi interesów, nadawania im odpowiedniego znaczenia, umożliwienie stronom udziału i wysłuchanie

³²² Pamiętając, że łatwiej odpowiedzieć na pytanie, co jest niesprawiedliwe aniżeli znaleźć rozwiązanie, które będziemy gotowi uznać za sprawiedliwe. Zob. O. WEINBERGER, *The Conditio Humana and the Ideal of Justice*, w N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, (D. Reidel Publishing Company, Dordrecht - Boston - Lancaster - Tokyo, 1986), s. 213.

³²³ H. KELSEN, *What is Justice?*, (Berkeley, University of California Press, 1971), s. 24.

ich. Proces zgodny z wartościami proceduralnymi, racjonalny i nie naruszający godności stron byłby wówczas procesem dobrym.

Proceduralny cień rzucony przez Trybunał Sprawiedliwości jest odczuwalny i wpływa na wszystkich aktorów planujących działanie w sferze prawa wspólnotowego. Ich postępowanie jest zawsze poddane kontroli Trybunału i znajduje się w jego cieniu.

Obecnie żyjemy w czasach procedur. Podkreślić jednak należy, że nie jakichkolwiek procedur, ale tylko takich, o których możemy powiedzieć, że są sprawiedliwe. Sprawiedliwe procedury wyznaczają granice władzom państwowym. Ich interwencja prawna jest oceniana nie tylko z perspektywy skutku. Na naszą ocenę procedury wpływ mają także okoliczności, które można nazwać „antecedencjami proceduralnymi”, a więc elementami poprzedzającymi rozstrzygnięcie merytoryczne o naszych prawach i obowiązkach, które wpływają na naszą ocenę samego rozstrzygnięcia i występują dla niego jako okoliczność walidacyjna. Procedury zaczynają odgrywać rolę niezależnego i autonomicznego źródła sprawiedliwego orzekania. Jest ono sprawiedliwe, ponieważ spełnia pewne warunki pomyślane *a priori*. W tym sensie procedura działa jako siła legitymizująca prawo i usprawiedliwia posłuszeństwo wobec prawa: gotowi jesteście przyjąć orzeczenie, ponieważ wypływa ono z procedury i zostało sprawiedliwą procedurą poprzedzone. W prawie wspólnotowym sprawiedliwa procedura musi być widziana jako integralna część Wspólnoty opartej na rządach prawa³²⁴, w obrębie której sądy akceptują i chronią prawa i gwarancje proceduralne³²⁵. Pozbawienie tych praw i gwarancji byłoby równoznaczne z proceduralną odmową dania sprawiedliwości³²⁶.

³²⁴ Sprawa 294/83, *Les Verts v. European Parliament*, [1986] ECR 1339.

³²⁵ K. LENAERTS, *De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire*, in G. VANDERSANDEN, A. DE WALSCHE, (red.), *Melanges en hommage à Jean-Victor Louis*, s. 252.

³²⁶ Szczegółowa analiza i obecna relewantność koncepcji została przedstawiona przez J. PAULSSONA, *Denial of Justice in International Law*, (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), s. 5.

Sprawiedliwość proceduralna w prawie wspólnotowym jest ściśle związana z emancypacją jednostki. Zasady sprawiedliwego procesu oraz *iura vigilantibus scripta sunt* podkreślają, że prawo wspólnotowe jest adresowane do osób przezornych i gotowych bronić swoich praw. Dla „czujnych jednostek” świadomość dostępnych procedur jest równie ważna jak posiadanie prawa podmiotowego. Powyższa analiza miała na celu wykazanie, że, co do Wspólnoty, równie trafne jest stwierdzenie, że „to procedura pozwala odróżnić w świecie prawnym rządy prawa od rządów opartych na kaprysie lub zachciance” wyznaczonym przez jednostki znajdujące się w pozycji partnera wszechmocnej administracji. Dzięki procedurom jednostka kontroluje omnipotencję administracji oraz trzyma ją w szachu. W ten sposób triada: „dobry sędzia - sprawiedliwa procedura - czujna/uprawniona jednostka” stanowi esencję sprawiedliwości proceduralnej w prawie wspólnotowym. Prawdą jest, że procedury pozostaną źródłem wątpliwości w teorii prawa i moralności³²⁷, ale mimo tej obawy i niepewności, moja wstępna odpowiedź na obecnym etapie badań na pytanie postawione w tytule niniejszej analizy brzmi: „To już nie jest mit, ale namacalna i zmieniająca się, choć nie zawsze łatwa do zrozumienia, codzienna rzeczywistość”. ■

³²⁷ W. NELSON, *The Very Idea of Pure Procedural Justice*, (1980) 90 *Ethics* No 4, s. 502.

O Autorze

Absolwent prawa Uniwersytetów we Wrocławiu i w Edynburgu. Doktor nauk prawnych (z wyróżnieniem), adwokat, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego i Komparatystyki Prawniczej Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego. W 2004 r. był referendarzem w Sądzie Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich w Luksemburgu, Autor wielu artykułów, głos, opinii prawnych z zakresu prawa europejskiego, praw człowieka, jurysdykcji, metod interpretacji oraz zasad postępowania przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości i Sądem Pierwszej Instancji. Obecnie pracuje nad rozprawą habilitacyjną, która dotyczy aksjologii procedury w prawie wspólnotowym (pełna informacja na www.tomasz-koncewicz.eu).

„It is procedure that makes much of the difference between rule by law or rule by whim or caprice”¹

INTRODUCTION

Procedures. Between ideas, values and principles

We should realize how the world we live in is getting smaller and smaller. This observation holds also true for the legal world, where the word best describing the current state of art is “legal interrelationship”: there are more and more laws, courts and case-law is getting more nuanced and complicated². The claimants assume that their problems can and will be solved by neutral, competent and independent judges. The result is „judicialization” and „juridification”, which mean that more and more laws must be interpreted by courts in order to meet growing expectations of the involved parties. In a globalized and complex world people expect more and more of the judges. When politicians fail and disappoint, individuals turn to impartial, objective and effective procedures and to open-minded and creative judges ensuring that justice is

¹ Judge J. DOUGLAS in case *Wisconsin v Constantineau*, 400 U.S. 433, 436 (1971).

² On the phenomenon of proliferation of the courts see R. HIGGINS, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, 55 (2006) *International Comparative Law Quarterly* 791 and N. LAVRANOS, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part I*, (2005) *European Environmental Law Review* 213, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part II*, (2005) *European Environmental Law Review* 240, *The MOX Plant Judgment of the ECJ: How exclusive is the jurisdiction of the ECJ?*, (2006) *European Environmental Law Review* 291, *Protecting Its exclusive Jurisdiction: The Mox Plant-judgment of the ECJ*, (2006) *Law and Practice of International Tribunals* 479.

indeed done³. Nowadays not only politicians but also judges have their own promises to fulfil: make sure that the aggrieved party finds equitable solution in the court of law and even more, namely convince a party losing the case that it was heard with due diligence, that parties' rights to present all the arguments were respected and considered. This symbolic act of entrusting and belief make judges „*gardienne de promesses*”⁴. In this way the role of lawyers, law and procedures must evolve accordingly and search for a common denominator linking various judicial *fora* and attitudes.

All of this is even more pertinent and relevant in the case of European integration. It reaches further and further, there are more laws, regulations, powers, competencies and procedures⁵. This process calls for new thinking, one not in terms of “their law”, “their judges” but rather of “our common law” and “our judges”. Legal culture today in Europe is about sharing the common constitutional traditions and getting the best from the polycentric legal system we all live in and share. We must be ready to reach out and open up, absorb new experiences and learn from them in order to get the best of European integration. A deep and thorough analysis of the emerging functions of the judges (not only those applying law) but also dispensing justice with “capital J” linked to growing relevance of procedures is necessary (in particular in Poland)

³ For various approaches and perspectives see P. P. WIENER, *Dictionary of Selected Pivotal Ideas. Volume I Despotism to Common Law and Volume III Concept of Law to Protest Movements*, (Charles Scribner's Sons), W. SADURSKI, (ed.), *Justice*, (Ashgate, Dartmouth), O. HÖFFE, *Political Justice. Foundations for a Critical Philosophy of Law and the State*, (Polity Press), P. RICEUR, *Le Juste*, (Éditions Esprit, 1995), N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, (D. Reidel Publishing House Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo, 1986), J. N. SHKLAR, *The Faces of Injustice*, (Yale University Press, New Haven and London).

⁴ This expression comes from A. GARAPON'S, *Le Gardien de promesses—justice et démocratie*, (Odile Jacob, Paris, 1996).

⁵ For a detailed analysis see A. I. G. IBANEZ, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, (Hart Publishing, Oxford - Portland, 1999).

to rethink the adjudication model in order to meet the demands and expectations of those who rely on Community law.

The juridification and judicial emancipation exert profound “liberating” impact on procedures⁶. By means of procedure (process)⁷ we distribute benefits and burdens. Classical approach tells us that at the end of a procedure there is always a person who might call herself or himself a “winner” and a “loser”. This process of burden/benefits allocation is determined by certain principles that flow from the prevalent and implemented model of distributive justice⁸. The main question is whether we should see procedures as mere means to achieve fair allocation of goods, punishments, benefits or burdens? The answer is not straightforward. In the first place we might concentrate on how procedure(s) should be shaped in order to arrive at the most just distribution possible. Broadly speaking two positions might be discerned. According to the first one distribution is just if it is effectuated by a criterion located outside of the procedure⁹. The latter is simply resorted to as an instrument to facilitate such just distribution, yet might fall short of delivering this outcome. Just outcome (result) flows from an assumed criterion thought to be justice-conducive¹⁰. When Kelsen asked a question, puzzling in its simplicity, “what is justice”¹¹? he meant such a criterion other than procedure itself.

However my starting point is different. It is *par excellence* procedural. In order to appreciate procedures we must stop thinking in terms of procedures as mere complements to rights. We should rather consi-

⁶ T. KOOPMANS, *Judicial activism and procedural law*, (1993) 1 *European Review of Private Law* 67, p. 70.

⁷ The terms “procedure” and “process” will be used interchangeably.

⁸ See exhaustively Z. ZIEMBIŃSKI, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, (Daimonion, Instytut Wydawniczy, Lublin, 1992), p. 91.

⁹ For more detail see Z. ZIEMBIŃSKI, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, (Daimonion, Instytut Wydawniczy, Lublin, 1992).

¹⁰ Various terms are deployed for this kind of justice: substantive justice, outcome justice, result-oriented justice.

¹¹ H. KELSEN, *What is Justice?*, (Berkeley, University of California Press, 1971), p. 24.

der moving from „*ubi ius ibi remedium*” to „*ubi remedium ibi ius*”, with the term “remedium” understood broadly as encompassing also procedures¹². In my analysis procedure becomes an autonomous source of just decisions. Winners are not only those who gained certain substantive benefit(s) and losers those ending up with new burdens imposed. Just procedures would yield only winners, since the benefits for both parties would consist in following just procedure, speaking up, participating, in enjoying equal access to court etc. However in order to appreciate this new perspective of looking at procedural “cost-burden” sharing we must understand the process of “proceduralization” (growing role of procedures), their constitutionalization¹³ and emancipation from the classical strait-jacket of “rights-procedures”¹⁴. The process that we witness is a shift from the approach based on “*rights to procedures*” assumption to the one based on “*rights through procedures*”¹⁵. People start to gauge procedures as just, irrespective of the outcome. Procedures determine to an ever-growing extent whether we are ready to accept the unfavourable outcome as just. As put by R. Summers “law-applying process that is procedurally rational, humane and respectful of individual dignity and personal privacy is good in those respects *as a process*, quite apart from whether it is also an efficacious means to good results. This is because rationality, humanity, and regard for dignity and privacy are “process values”¹⁶ (the emphasis in the original).

¹² For questions of terminology see further below.

¹³ Using the words of MAURO CAPPELLETTI, *Trends of procedural justice in Contemporary Europe, Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer*, (Frankfurt am Main, 1988).

¹⁴ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, (1998) 3 *Revue du droit public* 659 and recently his *L'État post-moderne*, (LGDJ, 2003).

¹⁵ Most notably R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, (1994) and *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, (Clarendon Press, Oxford, 1989).

¹⁶ R. SUMMERS, *Evaluating and improving legal process – a plea for process values*, (1974–1975) 60 *Cornell Law Review* 1.

To begin with, my analysis and research call for resolution of three points. First of all, the question of “*what is procedure*”; secondly, the issue of “*what are the variables and the criteria*” for our willingness to accept the decision; and thirdly, the question of “*what is adjudication*”?

As for the *first* question, according to Luhmann procedure is a social system that has the specific function of arriving at a single binding decision and as such it is a short-term phenomenon¹⁷. His precondition for a procedure is a pre-structured framework and differentiation from a social environment. He distinguishes between an actual procedure, which is conducted (repeated) over time, and a general framework, within which procedures of the same kind can be repeated.

In common law traditions procedures stand for proceedings in any action or prosecution. “Process is so denominated because it proceeds or issues forth in order to bring the defendant into court, to answer the charge preferred against him and signifies the judicial means by which he is brought to answer”¹⁸. From the economic perspective, a procedure is a means to maximize a single value or end. The costs of incorrect decisions are called “error costs”, while these of making the decisions - “the direct costs”. If the procedure is an expense incurred in order to achieve the aim (minimize the expense), then the aim would be to minimize the sum of error and direct costs¹⁹. This economic approach to procedures is to be contrasted with moral cost approach of Dworkin²⁰. In evaluating the outcomes he takes into account values other than economic costs. For him economic approach ignores rights and the centrality of individuals as rights’ bearers.

¹⁷ N. LUHMANN, *Legitimation durch verfahren*, (Luchterhand, Darmstadt, 1975).

¹⁸ B. A. GARNER, *Black’s Law Dictionary*, (Thomson, West, 2004), p.1242, quotation comes from J. CHITTY, *A Practical Treaties on Criminal Law*, (1926), p. 338.

¹⁹ R. A. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, (1973) 2 *Journal of Legal Studies* 399.

²⁰ R. DWORKIN, *Principle, Policy and Procedure*, in C. F. H. TAPPER, (ed.), *Crime, Proof and Punishment*, (Butterworths, London, 1981).

After this general overview, for the purpose of the present analysis one may agree that every procedure is built on a pre-ordered framework of rules and principles, which excludes the element of uncertainty. It is always a continuum, composed of stages, with its features and objectives. These elements are accepted below as distinguishing factors for procedures and will recur throughout the analysis that follows.

Secondly, explaining people's willingness to accept decisions is linked to the question of the choice of procedure. Why people prefer one procedure over another? What affects this choice? These are questions of crucial importance, and yet far from settled. Acceptable principles could and should vary with the type of society. It is the perspective of rational persons and principles that should be decisive²¹. Different theories have been presented and defended. According to Tyler one of such variables is the fairness of the procedure that leads to the outcome²². It was argued by Thibaut and Walker that there are three main factors determining people's preferences in this regard. Firstly, the need to reach a quick decision. Secondly, the existence or lack of a standard that binds the third-party. And thirdly, the conviction that people think that stronger procedures and strong third-party mandate are required in zero-sum conflicts, as opposed to situations which are open to negotiations and which allow for bargaining. They conclude that adversarial model of process offers better protection against wrong judgements, prejudiced opinions and deformations of the evidence process²³.

Some argue that it is the so-called "voice element" that matters. People having voice feel appreciated and taken seriously. They feel vindicated in that their voice affects decision-makers and the decision-making

²¹ M. BAYLES, *Principles for Legal Procedure*, (1986) 5 *Law and Philosophy* 33.

²² T. TYLER, *The Role of Perceived Injustice in Defendants' Evaluation of Their Courtroom Experience*, (1984) 18 *Law and Society Review* 51.

²³ Also T. R. TYLER, *Justice in the political arena*, in R. FOLGER, (ed.), *The Sense of Injustice. Social Psychological Perspectives*, (Plenum Press, New York and London, 1984), p. 208.

process itself. Others point at participatory element and the “process control” by the parties. The latter feature means that the third-party deciding the case is obliged to respect certain obligations, for example formulate a reasoned opinion, explain the special features of the procedure, justify the reasons of choosing this or that solution, give precedence to certain values over others. What matters is also correctness of the information, consistency, avoidance of prejudice, equal representation of the parties and reviewability of the decision²⁴. Writings of L. Fuller go some way towards this approach. According to him the basic idea underlying and justifying the creation of a legal system is the purposive enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules. In order for a system of social control to be a system of law as opposed a system of coercion, it must vindicate certain procedural purposes, described by a certain set of principles, as its goals. The ultimate purpose of a legal system is the governance of human conduct through rules of law. Fuller’s “inner morality of law” is made up of 8 principles, which constitute the basic requirements for a legal system to be able to realize this ultimate goal²⁵. It is only when a system satisfies all these eight principles to some degree, it deserves being called a legal system. Depending on the extent to which these principles are satisfied, the system might be more or less of a legal system. In this way we agree that the assessment of the system might be carried out also from the formal perspective this is to say the perspective concentrating on the question “how things are done” rather than “what kind of things are done”.

Thirdly, the definition of adjudication must be tentatively offered, since my perspective will be an adjudicatory one and focused on ad-

²⁴ G. S. LEVENTHAL *What Should Be Done With Equity Theory?* In K. J. GERGEN, M. S. GREENBERG, R. H. WILLIS, (ed.), *Social Exchange: Advances in Theory and Research*, (New York Plenum, 1980) and discussion in T. R. TYLER, *Why People Obey the Law*, (Yale University Press, 1990), p. 118–119.

²⁵ For discussion see B. BIX, *Jurisprudence. Theory and Context*, (Carolina Academic Press, Durham North Carolina).

judication at Community level²⁶. Narrowing down to adjudication is an important qualification since adjudicatory procedures are but one example of procedures²⁷. Adjudication is one of the forms of dispute resolutions. It is to be understood as a form of participation of the parties presenting proofs and reasoned arguments²⁸. It is important to note that this definition is general and does not necessarily answer the question about the best procedure to be applied in a given case, since it is often the subjective perspective of the parties that will determine the choice. Rather it is to bring our attention to certain features of the adjudicatory model²⁹. The following might be indicated at this point³⁰. Firstly, there is a controversy calling for a resolution. Here I use deliberately the term controversy, rather than a dispute since my understanding of adjudication is not limited to simply deciding a dispute between adversaries. Rather the perspective is functional: a given situation calls for a third-party intervention and this in turn for an appropriately structured procedure. Secondly, judge acts as a third-party, a controversy settler who wields authority, commands respect and decides a case in a binding fashion. Thirdly, parties have legal right to present their case and respond to other party's allegations. In other words, they get some kind of a hearing³¹. Fourthly, the court decides the case after following a procedure that sets down the rights and guarantees of the parties on

²⁶ M. BAYLES, *Principles for legal procedure*, (1986) 1 Law and Philosophy 33.

²⁷ Already in his analysis N. LUHMANN argued that procedures should be grouped in the following way: political election, administrative and court procedure. For more on his theory of procedure see below.

²⁸ L. L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, (1978) 92 Harvard Law Review 364.

²⁹ M. D. BAYLES, *op. cit.*, p. 37–38.

³⁰ I take as a starting point a list drawn by professor Bayles and then, where necessary, I adapt it so as to take into account the subject-matter of the present research and its adjudicatory emphasis.

³¹ H. J. FRIENDLY, *Some kind of hearing*, (1975) 123 University of Pennsylvania Law Review 1267.

the one hand³² and the court's obligations on the other. Fifthly, the court decides the case on the basis of rules and principles³³, which minimizes element of uncertainty and surprise.

What follows is an attempt to create a model of procedural justice for Community courts. This reservation is important since terms like "right to a court", "right to fair hearing", "rights of defence" and the like are also used for the proceedings before the Commission³⁴. It is important to stress that procedural rights before the Commission (right to a judge, right to be heard etc.) or other institutions are equally important as the procedural rights and guarantees which come into play before courts, yet for space constraints they are not dealt with here directly³⁵. Procedural justice has its own judicial flavour, which separates it from what we expect from the administration. At the same time however, this is not to say they administrative fairness is not dealt with here indirectly. My adjudicatory model of procedural justice casts its shadow on the pre-court phase of proceedings and imposes its standards there. There is however, one qualitative difference between procedural rights and guarantees granted in court proceedings and in administrative proceedings. In the former case the point revolves directly around procedural justice, whereas in the latter case procedural entitlements are evaluated from the

³² Hearing is of such an importance that it was identified as a separate element of the adjudicatory model. Bearing this in mind we should see the hearing as a part (core element) of the process.

³³ This fifth point is mentioned for the completeness of the list. It is a matter of choice which criterion will be decisive in the distribution of the burdens and benefits.

³⁴ See LASOK, MILLETT, *General Principles of Community law*, (2004), p. 323–328, where most of the cases referred to dealt with the investigative and supervisory powers of the Commission, not with right to a court understood as right to an independent and impartial tribunal. Only on p. 324 they mention a decision by an independent and impartial tribunal to be an element of a right to a fair hearing.

³⁵ For this perspective see s. BITTER, *Procedural Rights and the Enforcement of EC Law through Sanctions*, in A. BODNAR, M. KOWALSKI, K. RAIBLE, F. SCHORKOPF, (ed.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union. German and Polish Perspectives*, (Springer), p. 15.

perspective of administrative *fairness* (“honesty”) that is the rationality and efficiency of the administration³⁶. In my analysis “just procedure” is distinct from “duty to act fairly”. The former is the domain of courts whereas the latter denotes “an implied procedural obligation – contents of which may fall considerably short of the essential elements of a trial [...]”³⁷. Having said that, one must bear in mind that the shadow of procedural justice is cast and felt by reason of subjecting the administration to judicial control. This is so since the Court subjects the administration to its own tests of justice. Once the case winds up to the Court justice, not efficiency, will be at the forefront and determine whether the case under consideration is an example of just application of law³⁸.

Bearing in mind the above, the essential question is: what are the procedural guarantees of the procedural justice and what role it should play in today’s world³⁹? In other words, which guarantees make procedure worthy

³⁶ In Polish literature most notably Z. BRODECKI, (ed.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, Warszawa, 2007) whose analysis is premised on the tripartite distinction of ideals: humanity (an empowered individual and his rights), rationality (efficient administration) and justice.

³⁷ DE SMITH, WOOLF, JOWELL’s *Principles of Judicial Review*, (Sweet and Maxwell, London, 1999). p. 270.

³⁸ See H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK who use heading “fair application of the law” to denote various obligations of law-applying administration. *Judicial Protection in the European Union*, (Kluwer Law International, 2001), p. 98–112.

³⁹ The question of procedural justice can be by no means limited to adjudication. Elements of procedural justice are present and appreciated in different spheres of social activity. For different approaches see E. S. COHN, S. O. WHITE, J. SANDERS, *Distributive Justice and Procedural Justice in Seven Nations*, (2000) 24 *Law and Human Behaviour* 553, W. CHAN KIM, R. A. MAUBORGNE, *Implementing Global Strategies: the Role of Procedural Justice*, (1991) 12 *Strategic Management Journal* 125 and *Procedural Justice, Strategic Decision Making and the Knowledge Economy*, (1998) 19 *Strategic Management Journal* 323, R. FOLGER, M. A. KONOVSKY, *Effects of Procedural Justice on Reactions to Pay Raise Decisions*, (1989) 32 *The Academy of Management Journal* 115, T. E. HUGHES, L. N. LARSON, *Patient involvement in Health Care*, (1991) 29 *Medical Care* 297, M. SCHMINKE, M. L. AMBROSE, *The Effect of Ethical Frameworks on Perceptions of Organizational Justice*, (1997) 40 *The Academy of Management Journal* 1190, S. E. NEUMANN, N. BENNETT, *A Case for Procedural Justice Climate: Development and Test of a Multilevel Model*, (2000) 43 *The Academy of Management Journal* 881.

of the term “just”. To answer this I start from two ideas (humanity and justice) and two perspectives (individuals’ and judges’). In my understanding the inalienable right to dignity should always be at the centre. Dignity is served by subjective rights, which put flesh on the ideal of humanity. Right to a fair trial with all the concomitant procedural guarantees and effective protection of Community rights make sure that individuals have tools and means to preserve their status. Thanks to his rights, an individual is participating in the social dialogue by bringing claims to enforce his directly effective Community rights⁴⁰. By doing so he acts as a subject, not object of the law.

Subjective rights from the perspective of an individual are complemented by the obligations of the judges. They are expressions of the second idea - justice. The most important thing here is to define the term “judge”. The answer calls for an in-depth analysis. Obligations of a judge *vis-à-vis* individual (independence, impartiality, reasonableness, coherence and rationality in reasoning), all serve the protection of the rights granted. I would call this “institutional side of the procedural justice”. Two layers would be considered here: national and Community. As is well known, national courts are Community courts of general jurisdiction, whereas the jurisdiction of Luxembourg courts is characterized as enumerated powers⁴¹. Searching for an institutional aspect of procedural justice in Community law would necessarily call for research of hearings by a national court of cases with European (trans-national) elements and adjudicating Community law-derived rights. It is because most claims based on Community law will be brought before national judges and the Court will play a supplementary role (*via* art. 234 Treaty on European Community). That is why institutional guarantees applied to the Court would equally apply to national judges.

⁴⁰ In this vein see my analysis *Prawdziwymi strażnikami prawa wspólnotowego są obywatele*, Rzeczpospolita 7/2007, p. C4.

⁴¹ T. T. KONCEWICZ, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunatu Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Dynamiczna koncepcja wspólnotowego wymiaru sprawiedliwości*, (Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa, 2006).

However the research would not stop with the conclusion that judges owe certain obligations towards individuals. I would like to create a model of a judge centred on virtues and values that judges should uphold in the adjudicating process⁴². The question would be: what qualities must a judge represent in order for the procedure to be just? My desired model of a judge would strive for openness, receptiveness and creativeness. The judge would not shy of procedural activism in order to make sure that rights and expectations of individuals are indeed protected and vindicated. Seen from this perspective an act of judging would be like learning process⁴³, free of any preconceived prejudices and formalism. Only then the procedure would be just, since a judge would be willing to mould it accordingly. His function would not be simply about adjudicating. E. Łętowska captured this challenge perfectly by saying that the role of judges is not application of rules but rather “dispensing justice”⁴⁴. Her expression underscores that the judge is not merely a passive participant of the legal debate, hearing the arguments and deciding on their merits. In a polycentric, judicialized world, he is much more than that. Seen from this perspective impartiality and independence are treated as minimum obligations making up the status of a judge. Therefore we need a model of a judge which would cover comprehensively obligations of the judges *vis-à-vis* litigants.

In this way obligations of a court *vis-à-vis* parties, judicial virtues making up the ideal of a good Community judge, subjective rights (fundamental rights using the language of the Court’s case law) and finally process values would all come together and form the core of procedural justice. My notion of procedural justice will be based on the role of values, principles, which apart from notions of impartiality, independence

⁴² L. B. SOLUM, *The Virtues and Vices of a Judge: an Aristotelian Guide to Judicial Selection*, (1988) Southern California Law Review vol. 8 and M. D. BAYLES, *Procedural Justice: Allocating to Individuals*, (Kluwer Academic Publisher, 1991), p. 19.

⁴³ I draw on M. KIRBY, *To judge is to learn*, 48 (2007) Harvard International Law Journal 36.

⁴⁴ E. ŁĘTOWSKA, *Prawo dla garwiedzi*, in *Gazeta Wyborcza* 23rd September 2004.

and equity, has been for many ages at the heart of adjudication process in common law countries. They should be seen as useful guidelines for our reconstruction of Community procedural justice. Therefore, taking lead from President's A. Barak analysis⁴⁵ I attempt at creating an ideal of a Community "good judge".

The research undertaken concentrates around four fundamental issues: i) perspective of an individual and his subjective rights and remedies: *ubi ius ibi remedium or ubi remedium ibi ius*²⁴⁶; ii) the importance of procedures in Community law; iii) a model of the procedural justice: procedural rights and guarantees; iv) application of the procedural model to the Advocate General.

It is important to note that the Court does not refer to the term "procedural justice". It is regrettable that the terminology used lacks precision. Sometimes the Court speaks of a "right to a fair hearing" or "right to a legal process" and uses them as an umbrella term encompassing all the elements of a just procedure. In other cases, the right to a fair hearing is understood as an equivalent of "just procedure". There are cases where the term "right to a court" is used interchangeably with a "right to an effective judicial control"⁴⁷ or an "effective remedy". One element

⁴⁵ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006).

⁴⁶ Research would aim at answering the question of mutual interrelationship between rights and procedures. Views on this are divergent. Some scholars take *ubi ius ibi remedium* as a point of reference - see Judge K. LENAERTS, *Foreword*, in T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny - Community Procedural Code*, (C.H. Beck, 2007), while others present common law perspective where procedure is at the forefront (*ubi remedium ibi ius*) - see D. A. O. EDWARD, *Le role de la jurisprudence dans le Common law*, in O Direito Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica* 38, Colloquia 1, 1999, p. 125. Recently it was argued that procedures and rights are dependent on each other and it is of little practical use to argue which comes first - see T. EILMANSBERGER, *The relationship between rights and remedies in EC law: in search of the missing link*, (2004) 41 *Common Market Law Review* 1199, at p. 1237.

⁴⁷ As far as Community legal doctrine, lack of discussion in terms of procedural justice is striking. One notable exception is E. BARBIER DE LA SERRA, *Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends*, (2006) 12 *European Public Law* 225.

remains constant. The Court takes as its starting point the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (thereafter referred to as the “Convention”) and the case law of the European Court of Human Rights (thereafter referred to as the “ECHR”). Then it looks at a right with a view to including it within the framework of just procedure. Sometimes, national laws of Member States are analysed by the Court and its advocates general as a possible source of the rights and guarantees that make up just procedure⁴⁸.

Below I take procedural justice as an overarching concept, a fundamental ideal inspired both by the Convention and constitutional traditions of Member States. This model is far from being finished product. Quite to the contrary it is always in the process of being judicially reconstructed, adapted and supplemented. It resembles a chain novel in which successive generations of judges are bound by the ideal, yet remain at all times free to add and realize it in a way which will best reflect the moment and specific circumstances prevalent at the moment of “judicial” writing.

Finally it is important to remember that the analysis that follows presents a synthetic outline of procedural justice. It points tentatively at elements of the model, considers them in a concise way and locates problems that await conclusive answers in the research that is under way. When necessary, certain aspects are given more attention bearing in mind their importance for the analysis. This is so with regard to “chain novel”, procedural ideal of judge-Hercules, theoretical aspects of procedural justice and the question of compatibility with procedural justice of the Advocate General. In no way should the analysis be seen as a final voice which determines exact place and importance of the model of procedural justice in Community system of administration of justice. Hopefully, this is to be done in the days to come. ■

⁴⁸ Most notable example is the case 155/79, *AM & S v Commission*, [1982] ECR 1575.

CHAPTER ONE

Perspective of an individual. Subjective rights

1. IDEA OF HUMANITY AND INDIVIDUAL

Humanity is the ethical ideal that determines our expectations towards courts. Human rights provide concretization of humanity. Humanity is about rights that constitute the status of an empowered individual's: right to a court, right to a fair hearing etc. An individual acts in an autonomous manner, proceeds on the assumption that his dignity makes him an object, not subject, of the law. He is vigilant and circumspect, taking care of his own affairs, using legal mechanisms and procedures for his benefit and making sure that his rights and status as an individual are respected. In this sense we might speak of a participatory individual who takes active part in the social dialogue⁴⁹.

However the role of human rights is not exhausted by defining our role and place in the society. Human rights are not only expressions of the ideal of humanity. They realize a second ideal, that of justice. From the perspective of an individual we remain within the sphere of subjective rights but from the perspective of the court we enter the world of obligations aimed at guaranteeing that procedure in which an indivi-

⁴⁹ The term „participatory individual” is taken from Z. BRODECKI, (ed.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, 2007).

dual participates is just. Procedures and the way courts manage them should enable the individual to participate meaningfully. Only then an individual will be able to realize his humaneness. Within the sphere of obligations we ask the question “what kind of court do we have in mind?” The obvious comes to mind: a judge must be impartial, independent in making an assessment of facts, law, guided only by law. However the ideal of humanity requires much more from the judge. In addition we should consider certain ethos of a judge making sure that the right to court is respected and the procedure is fair. Our judge - Hercules is not only impartial and independent. Above all he must show receptivity, open-mindedness and readiness to construe the legal system as a coherent and complete whole, abiding by the precedents laid down by the previous generations of the judges. My ethos of a judge in a model of procedural justice consists in being engaged in adjudication⁵⁰, which ensures that in this process humanity and justice will come together.

2. INDIVIDUAL IN THE EUROPEAN UNION

2.1. RIGHTS AND RIGHTS-BASED APPROACH AS A RATIONALE FOR PROCEDURAL JUSTICE

Dworkin's law as integrity is an example of adjudicatory concept of “rights based approach”⁵¹. He assumes that “propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of fairness or procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice”⁵². The court should choose between eligible

⁵⁰ J. R. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, (Clarendon Press, Oxford, 1993).

⁵¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (Duckworth, 1977) and *Law's Empire*, (Fontana, 1986).

⁵² R. DWORKIN, *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986), p. 225.

interpretations by asking “which shows the community’s structure of institutions [...] - its public standards as a whole - in a better light from the standpoint of political morality”⁵³.

Rights-based approach assumes that human being is promoted to the status of subject not object of law⁵⁴. Guaranteeing of the rights of individuals is a fundamental requirement for justice in a society. Again, Dworkin says that each person has an equal basic right to equal concern and respect⁵⁵. Such person expects to be treated seriously, be accorded dignity and be heard whenever his fundamental rights are at stake. This rights-inspired approach has far-reaching consequences for courts. Their role is crucial in that they are charged with articulating and safeguarding the rights of individuals against undue interference by other social institutions. To be equal to this task they will rely not

⁵³ *Ibidem*, p. 256.

⁵⁴ I am aware of the vast literature on the subject. Those interested to go deeper in the subject of rights and human rights should consult in particular: W. N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, (Walter Wheeler Cook, New Haven, Yale University Press, 1919), *Human Rights* (Nomos XXIII), E. KAMENKA, A. ERH - Soon Tay, *Human Rights*, (Edward Arnold, 1977), J. WALDRON, *Theories of Rights*, (Oxford University Press, 1984), I. SHAPIRO, *The Evolution of Rights in Liberal Theory*, (Cambridge University Press, London - New York - New Rochelle - Melbourne - Sydney), A. CLAPHAM, *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1991), F. M. KAMM, *Rights*, in J. COLEMAN, S. SHAPIRO, (ed.), *Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford University Press), p. 477, A. HAREL, *Theories of Rights*, in M. P. GOLDING, W. A. EDMUNDSON, (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, (Blackwell Publishing, 2005), p. 191, H. ALON, *What demands are rights? An investigation into the relations between rights and reasons*, (1997) 17 *Oxford Journal of Legal Studies* 101, E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, (Martinus Nijhoff Publishers), J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, (Cornell University Press, Ithaca - London), J. SYMONIDES, (ed.), *Human Rights: Concepts and Standards*, (Ashgate Dartmouth, Unesco Publishing, Aldershot - Burlington - Singapore - Sydney), P. JONES, *Rights*, (MACMILLAN), *International Human Rights Lexicon*, (Oxford university Press), D. ROBERTSON, *A Dictionary of Human Rights*, (Europa Publications Limited), P. ALSTON, (ed.), *L'Union Européenne et les Droits de l'Homme*, (Bruylant Bruxelles, 2001), G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, (Éditions du Seuil, 2001).

⁵⁵ R. DWORKIN, *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986).

only on rules, but also principles and policies⁵⁶. Principle is a standard that is to be observed because it is a requirement of justice, fairness and procedural due process⁵⁷. Law as integrity requires the judges, as far as possible, to structure the law by a coherent set of principles and enforce these in decided cases “so *that each person’s situation is fair and just according to the same standards*” (emphasis added)⁵⁸. An individual will have a right to the legal answer that is to be identified on the basis of this test. In this way there is a close link between constitutional rights and their procedural side, which is a constitutional due process⁵⁹.

The rights-based approach assumes that a judge is obliged to interpret legislation and the exercise of public power in conformity with fundamental rights. The same goes for procedural guarantees and safeguards since it is through a procedure that an individual vindicates his status. In this sense courts should read and adapt procedures alongside the lines of procedural justice. From the perspective of rights-based approach, one assumes the existence of presumptions that legislation is not intended to interfere with fundamental rights and that in case of doubt we follow the interpretative rule “*in dubio pro actione*”. It is up to the courts to articulate and defend procedural principles that make up procedural justice. In the words of the German Constitutional Court “basic rights must be protected by procedure and that (they) should accordingly influence not only the whole substantive law, but also *procedural law*, in so far as this is of significance for ensuring the effective protection of basic rights”⁶⁰ (emphasis added).

⁵⁶ “Policy” is a standard which will advance some collective goal of the community as a whole.

⁵⁷ In this sense one may say that principle is a non-instrumental concept because observance of principles is not dictated by their furtherance of an economic, political or whatever, situation.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 224, 243.

⁵⁹ P. HÄBERLE, *Grundrechte im Leistungsstaat*, (1972) 30 VVDStRL 81.

⁶⁰ Judgment of 20 December 1979, 1 BvR 385/77. Quotation from J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, (Sweet and Maxwell, 1992), p. 1177.

2.2. FROM A “VIGILANT INDIVIDUAL” TO A “VIGILANT CITIZEN”

Iura vigilantibus scripta sunt goes a Latin maxim. It fits perfectly in the description of Community law: this law is applied and interpreted by national courts but at the instance of individuals who are empowered by Community law⁶¹. Henkin’s and Bobbio’s famous description of living in the age of rights⁶² captures perfectly the most important feature of Community law: an empowered, circumspect and vigilant individual. The idea that individual is treated as full subject of law has been long recognized⁶³. It is however of special relevance for Community law, in which direct effect and legal enforcement of subjective rights put individuals at the centre⁶⁴. Already in *Van Gend en Loos* the Court referred to “vigilant individuals” whose activity supplements supervisory powers of the Commission⁶⁵ and whose rights become a part of their legal heritage. In this case individual rights argument was linked to direct effect. Article 12 of the EC Treaty contained a clear and unconditional prohibition, obviating any legislative intervention, thus producing direct effect and creating individual rights, which national courts must

⁶¹ It is to be emphasized at this moment that the role of individuals in Community law goes well beyond mere perspective of enforcing rights through national courts. Individuals participate through their representatives in the European Parliament in a decision-making process at Community level. For a detailed discussion see K. LE-NAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, London, 2005), 390–391. In Polish literature z. BRODECKI, *Europa sędziów*, (LexisNexis, Warsaw, 2007).

⁶² L. HENKIN, *The Age of Rights*, (Columbia University Press, New York), N. BOBBIO, (translated by A. Cameron), *The Age of Rights*, (Polity Press).

⁶³ W. S. GORMLEY, *The Procedural Status of the Individual Before International and Supranational Tribunals*, (Martinus Nijhoff, The Hague, 1966), p. 17.

⁶⁴ See A. G. TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities. Vol I The Individual and Community Law*, North-Holland Publishing Company, Amsterdam – New York – Oxford, 1978), p. 98–114 and C. HARLOW, *Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union*, in P. ALSTON, (ed.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999), p. 191.

⁶⁵ Case 26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] ECR 1.

protect⁶⁶. In this way individual rights have defined the legal discourse ever since the beginning⁶⁷. The Court's jurisprudence is undeniably "rights jurisprudence": the individual is at the centre, acts as a beneficiary of subjective rights, demands the protection of these rights, and, where necessary, is ready to take necessary steps in order to ensure their full effectiveness.

A qualitative step was taken with the signature of the Treaty on European Union, which introduced the European citizenship⁶⁸. On the one hand it was a breakthrough (citizenship as a Treaty-derived legal bond between the Union and Member States' nationals endowed with rights and duties)⁶⁹, yet on the other it was a more specific confirmation of a status of individuals in Community law as developed by the case law of the Court. What matters from the perspective of procedural justice is the fact that the status of an individual is formally institutionalized and recognized. Going beyond specific rights and their dynamic interpretation by the Court, the overall conclusion is that individual is recognized as a bearer of rights, subject, not object of law. This is of crucial importance for my procedural considerations, since protection of individual rights has always been at the forefront of Community adjudication. With the advent of European citizenship, described by the recent case law of the Court as destined to be the fundamental status of nationals of the Member States⁷⁰, the citizen turns into a meaningful participant of procedures, who must be treated seriously.

⁶⁶ On close connection between protection of individual rights, *effet utile* of Community law and duties of national courts see in detail s. PRECHAL, *Directives in EC Law*, (Oxford University Press, 2005), p. 132. The Author points at the evolution of the Court's attitude and changing emphasis in this regard.

⁶⁷ For comprehensive analysis see T. EILMANSBERGER, *The Relationship Between Rights and Remedies in EC law: In Search of the Missing Link*, (2004) 41 Common Market Law Review 1199.

⁶⁸ C. CLOSA, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, (1992) Common Market Law Review 1137.

⁶⁹ Articles 17–21 of the EC Treaty.

⁷⁰ Case C - 184/99, *Grzelczyk*, [2001] ECR I - 6193, para 31.

2.3. REMEDIES

Application and enforcement of Community law is dependent to large extent on the organization and effectiveness of legal systems of the Member States. That is why individual with a right under Community law for protection turns to national courts. These courts carry out their Community mandate in a national procedural environment, using national procedures and remedies.

When we talk of remedies, we may ask the following question: to what kind of legal protection is an empowered individual entitled to in court? Remedy should be distinguished neatly from procedures. Remedies can be understood in a broad and narrow sense. Remedy in a broad sense stands for means provided for by the law to recover rights or to obtain redress, whereas remedy in a narrow sense denotes a form of relief or redress given by a court⁷¹. To appreciate remedies in the model of procedural justice, we should see procedure from a tripartite perspective: 1) access to procedure; 2) flow of the procedure; 3) decision emanating from the procedure. Thus remedy should be seen as an end-result of a given procedure: available redress to protect right, re-establish *status quo* etc. Seen in this light remedies serve rights, procedures provide a framework for protecting rights and granting remedies. In my analysis I will include remedies as very important element of procedural justice, which affects our decision to go to court and submit to procedure. Yet the effectiveness of remedy itself will not be treated as determinative of the evaluation of procedures as just. The ideal of procedural justice will rather tend towards dignitary concept in which procedure represents inherent values and features which merit term “just”, irrespective of whether the remedy granted will be effective.

⁷¹ Definitions taken from s. PRECHAL, *op. cit.*, p. 145, at footnote 99.

3. PROCEDURE AS CONTINUITY

3.1. CONCEPT OF *CHAIN NOVEL* AND ITS RELEVANCE FOR PROCEDURE

In order to emphasize the creativeness (but not discretion) of the judges in interpreting the law, Dworkin drew an analogy between law and literature, between a judge deciding what the law is in a given case and a novelist, who while writing his novel, seeks among his predecessors certain common values and plots, continuing thus a novel started by other novelists in the past⁷². Dworkin calls this a *chain novel*⁷³. In a chain novel each novelist in the chain interprets the chapters he has been given in order to write a new chapter, which is then added to what the next novelist receives and so on. The task given to each novelist in the chain is to write the best possible chapter, as the quality of his contribution will affect the novel as a whole. Each new chapter is written by a new novelist. The novelists' task is both difficult and ambitious. Dworkin says: „each novelist aims to make a single novel of the material he has been given, what he adds to it, and (so far as he can control this) what his successors will want or be able to add. *He must try to make this the best novel it can be construed as the work of a single author rather than, as is the fact, the product of many different hands*”⁷⁴ (emphasis added). In order to do this “he must take up some view about the novel in

⁷² For fuller reconstruction of Dworkin's philosophy see B. BIX, *Jurisprudence. Theory and Context*, (Carolina Academic Press, Durham North Carolina, 3rd edition), p. 172–192, R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, (LexisNexis UK), in particular Chapter 6: *The problem of creative judge: Pound and Dworkin*, S. GUEST, *Ronald Dworkin*, (Edinburgh University Press, 1997). Among innumerable articles, of special relevance for the present research are R. P. PEERENBOOM, *A Coup D'État in Law's Empire: Dworkin's Hercules Meets Atlas*, (1990) 9 *Law and Philosophy* 95 and T. R. S. ALLAN, *Justice and Fairness in Law's Empire*, (1993) 52 *Cambridge Law Journal* 64.

⁷³ R. DWORKIN, *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1986), p. 229.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 229.

progress, some working theory about its characters, plot, genre, theme and point, in order to decide what counts as continuing it and not as beginning anew”⁷⁵.

Similarly, judges act in a dual capacity: of authors and critics. Present judge adds to the tradition he interprets, future judges confront a new tradition, which will include what he has done. A judge is treated as a novelist. Writing a novel creates a certain common style, which goes beyond specificities of each generation and links different judges. *Chain novel* assumes that judges must be engaged in adjudication. In this process the law is not a ready-to-go product, which is given to a judge by legislator. Judges’ duty is to search for best understanding of law within a context of norms and values of culture⁷⁶. In this sense law is being reconstructed, and searched by incoming generations of judges. Deciding a case is always a part of a process and certain judicial tradition made up of judicial decisions, principles, precedents, customs, patterns of behaviours and so on. This tradition is continued by adjudication. The complexity of writing a novel resembles deciding a hard case since in both cases we assume the active role of the person (be it a novelist, or a judge). A novelist constructs his chapter on the basis of materials already in place and written by previous generations. Similarly for a judge, what matters is the environment and materials available.

From the perspective of procedural justice under consideration of special relevance would be three elements. Firstly, my chain novel is called “*Procedural Justice*”. I invite judges to write it, mould it, reconstruct it, change emphasis, and add new principles and guarantees. The room for manoeuvre is considerable. However at all times a chain novel is being continued and altered creatively. The novel “*Procedural Justice*” demands creativity of a judge who approaches his task with open mind and receptiveness. Without this, there is a danger that procedural chain novel will

⁷⁵ *Ibidem*, p. 230.

⁷⁶ M. ZIRK-SADOWSKI, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, (Zakamycze, Kraków, 2000).

be a short-lived affair. Secondly, *continuity*. In Dworkin's chain novel new interpretation does not have to fit every bit of the text. He says the following: "it is (interpretation) not disqualified simply because he (the novelist) claims that [...] some events of the plot are mistakes because they work against the literary ambitions the interpretation states. But the interpretation he takes up *must nevertheless flow throughout the text*" (emphasis added)⁷⁷. There must minimum degree of continuity between the tradition already existing and the one that is added. In other words "dimension of fit" must be always present. If not, then we have a rupture with the tradition and a new chain novel has started. Thirdly, the element of *linkage*, which is the consequence of continuity. Subplots, old and new, must be linked together by some overarching, dominating and ordering plot. In my case it would be procedural justice as an unvarying criterion for global assessment of the novel. Here judge's discretion and creativity would be subject to the plot and principle, which should be present throughout the text and guides all the judges. In other words a judge who writes a chain novel called "Procedural Justice" must possess knack for identifying common trends and plots, which should be carried through every stage of the process of writing, without losing sight of the main plot. Only then his procedural chain novel will be meaningful and will survive the test of time.

3.2. PROCEDURAL JUDGE HERCULES. IDEAL JUDGE FOR PROCEDURAL JUSTICE MODEL?

However not every judge has potential to write and add to, a *chain novel*. Only a hypothetical judge – named by Dworkin Hercules – is able to carry out this project. This judge is endowed with superhuman qualities of analysis, deduction and adjudication⁷⁸. He is able to provide

⁷⁷ R. DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 230.

⁷⁸ My recapitulation of Herculean qualities of a judge is taken from *Jurisprudence. Routledge and Cavendish Lawcards Series*, (Routledge - Cavendish, 2006), p. 79–80.

exhaustive justifications for decisions in “hard cases” (cases in which there is no specific law applicable to a particular situation⁷⁹) and argue from principles. To do this Hercules would have to start by constructing the soundest theory of law possible, which will provide moral and political justification for the legal rules and institutions⁸⁰. This theory would represent the law as a seamless web of legal rules, legal principles and other standards capable of providing a single right answer in every instance where the question “who has a right to win?” arises. Judge Hercules would be able to justify every correct decision in respect to hard cases by appealing to the soundest theory of adjudication, which it specifies⁸¹.

The concept of judge Hercules is idealistic in that it assumes that judges do possess qualities and skills of this ideal judge. It is even admitted by Dworkin himself that no judge is capable of full interpretation, which would embrace the whole system of the community. In this sense this model is one of aspirations. Even judges of highest national courts do not always represent the Herculean virtues⁸². Rather every judge should aspire to the model of Hercules. The fact that judges make mistakes in deciding hard cases and do not apply the correct principles, which would provide them with a right answer, does not invalidate and disqualify the method itself. The real challenge is to attempt to embrace and read the system as Judge Hercules would have done.

The qualities and perspective of the judge Hercules are relevant for my procedural analysis in that the ideal of procedural justice assumes that judges are ready to look beyond the legal text and open up. As

⁷⁹ See comprehensively J. ZAJADŁO, (ed.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, (Lexis-Nexis, 2008).

⁸⁰ For an interesting analysis see CH. L. EISGRUBER, *Should Constitutional Judges be Philosophers?* in S. HERSHOVITZ, (ed.), *Exploring Law's Empire. The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, (Oxford University Press, 2006), p. 5.

⁸¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (Harvard University Press, Cambridge, 1977) and *Law's Empire*, (Harvard University Press, Cambridge, 1986).

⁸² See also L. B. SOLUM, *Virtue Jurisprudence. A virtue-centred theory of judging*, (2003) 34 *Metaphilosophy*, p. 178.

was rightly observed, “procedure, unlike substance, was an area which could undisputable be said to fall within the judicial province”⁸³. The procedural Hercules takes a global approach to legal material at hand. It makes it easier to reach a final decision that would fit into the legal system seen as a whole (Dworkinian “*dimension of fit*”) and which would find strong justification in the system (Dworkinian “*dimension of justification*”). When deciding cases the procedural Hercules would take into account not only rules, but also principles and would be ready to imbue procedure with principles and values, making it more flexible.

Most states in continental Europe provide in their legislation (statute or Constitution) for a right to a judge flanked with more specific procedural guarantees. The Treaties, however, were silent on the subject and that is why from the beginning the judge was the true master of his procedure and its quality. To his creativity we owe the recognition of general principles of Community law. This is in line with the model of procedural Hercules who sees adjudication as a dynamic process and seeks equilibrium between stability and change. This dynamism might consist in „refreshing” and adapting the system as a result of adding new elements. I use “might” since it does not have to be required. The point is that a judge is required to revise the system where it is necessary as a result of adjudicatory novelties introduced elsewhere and changes in societal and political environment.

Interpretation as seen from the perspective of a chain novel and ideal of judge Hercules may prove helpful in a systematic analysis of the case law of Community courts. We might accept that each formation of the Court at a given time writes its own chain novel, reinterprets the novel written by earlier generations of the judges⁸⁴. However this writing must take into account particulars of Community environment. Firstly,

⁸³ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, (Oxford University Press, 2nd edition), p. 371.

⁸⁴ J. R. BENGOETXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, (Clarendon Press, Oxford, 1993).

judges of the Court and national judges *qua* Community judges represent different professional backgrounds and legal cultures⁸⁵. Secondly, the Court interacts with different institutions and national courts. Thirdly, we might locate several novels written by the Court: procedural autonomy of Member States, *locus standi* of private parties, participation of the European Parliament in the annulment proceedings etc. Each novel is marked by certain outstanding characteristics. Fourthly, chain novels of the Courts fluctuate in response to external impulses. Therefore their tempo varies depending on what is needed and expected of the Court at a given stage of European integration⁸⁶. This is why the novel “Procedural Justice” does not always have to exhibit the same intensiveness of judicial intervention, sharpness of characters or even logic of plots and subplots. We should even accept temporary ruptures and pauses in writing which however do not call into doubt the novel itself⁸⁷.

What is then the procedural Judge Hercules like? He is open-minded, intelligent and receptive at the level of theoretical reflection about the law and its justification. He is sensitive to coherence of the system and tries to attain it during reconstruction of law for the purpose of deciding a case. He sees the procedure as his province and does not limit himself to regarding it as mere means to attain an outcome. Most crucially procedural Hercules is ready to weigh all the arguments. His perspective is global, reaching beyond rules towards principles, which are then reconstructed in order to best reflect the social structure and

⁸⁵ For more see L. N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, (Sweet and Maxwell, 5th edition, London, 2000) and H.G. SCHERMERS, D.F. WAELEBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, (Kluwer Law International, 6th edition, 2001).

⁸⁶ As demonstrated forcefully by R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice*, (MacMillan Ltd, 1998).

⁸⁷ Case of *locus standi* of the European Parliament in annulment proceedings provides a classic example: negative judgment in *Comitology* case did not mean a break in chain novel. Rather, the Court-novelist was searching through its method and considering which way to go. Once this question was settled, the Court was successfully convinced to change the direction of the novel in *Chernobyl* case.

preferences of the community he lives in. In Community law judge Hercules respects cosmopolitan and plural character of law, which flows to him from many centres. Procedural chain novels are written all over Europe⁸⁸ and this must be appreciated by our procedural Hercules.

Our judge inhabits the territory called “comity of courts”⁸⁹ and must play by its rules in a spirit of good faith and loyalty. However the most important feature of my ideal of procedural judge and which earns him the nickname “Hercules” is the nature and structure of law he works with. Law is made up not only of rules, but also of other standards, such as policies and principles. For Dworkin they constitute “moral fabric” of a society and are intended to protect certain interests that are regarded by the members of such a society as valuable. These interests take the form of certain abstract rights such as the right to life, liberty and human dignity. If we take procedural perspective, we must agree on a catalogue of procedural rights and values that will form the backbone of our model of procedural justice. Taking into account rights and principles broadens the options available to the procedural Hercules since his decision is not only rule-oriented, but to a greater extent principle-oriented. This in turn is linked to different modalities of operation of the rules and principles.

Principles and rights reflect our ideal of procedural justice and must be accommodated by Hercules within the procedural justice. What does this process of “accommodation” mean?

To answer this question we have to return to Dworkin once more. In the process of adjudication the rules operate in an “all or nothing fashion”, requiring the case to be decided or the dispute resolved in

⁸⁸ For example Polish Constitutional Court added its, very important, brick to this procedural discourse in case SK 48/04 available at www.trybunal.gov.pl. In this case the Court reasoned directly from procedural justice and emphasized not only the role of independent and impartial judges, but also procedural guarantees of just procedure which are available to the parties.

⁸⁹ Term used by A. M. SLAUGHTER, *Agora: Breard* (1998) 92 *American Journal of International Law* 708.

accordance therewith. It is not possible for the conflicting rules to operate at the same time. As far as principles are concerned, principles have quality of “weight”, which rules do not have. It is possible that they will conflict. In this case they will be weighed and balanced against each other, before the decision is made to apply the one or the other. It is pertinent to note here that in our model of procedural justice procedural principles and rights will clash with other principles. What is important is that this conflict will not cancel them out. Rather, the conflict will lead to a redefinition of the scope of each principle’s boundary⁹⁰. The weight of principles reflects their relative social importance, their place in the legal system and their value within the catalogue of social values. A. Barak asks the question “how does the judge determine weights of the various principles?” and replies that it is very difficult to provide one firm answer. What might be decisive is for example place of a given principle in the system of sources or past practice in the resolution of conflicts between principles. What is important, a judge must aspire to harmony and uniformity⁹¹. To this I would add that *ad hoc* judicial choices must be transparent, which means that criteria and reasons used in favour of a given choice are clear and justified.

Fluctuating and weighed procedural principles will reflect the ideal of procedural justice. From the perspective of the institutionalised guarantees of the judge, we include impartiality, independence, reasonableness and justification. Again hierarchy will vary here. Impartiality and independence are non-negotiable components of procedural justice since they determine the judicial status of a court. Others will operate with varying degree of intensiveness: for example scope of the duty to give reasons for a decision will always depend on subjective factors like: character of the court (possibility of dissenting opinions?), style of drafting or prevalent judicial technique (continental or common law?).

⁹⁰ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006), p. 63.

⁹¹ *Ibidem*, p. 63.

4. NOTION OF A JUDGE IN COMMUNITY LAW

4.1. TWO LAYERED SYSTEM OF LEGAL PROTECTION

Member States did not create a federal system of courts entrusted with the interpretation and application of Community law. There was only the Court of Justice whose main task, according to the Treaty-founders, was to supervise the executive branch and make sure it stayed within the limits of its powers. Jurisdiction of the Court of Justice is limited and characterized by the principle of enumerated powers (known under the French *compétence d'attribution*). It means that the Court can only act if and in so far as the specific competence is laid down in the Treaties. In theory the Court cannot add to its judicial empowerments⁹², since we assume that legal protection can be ensured by means of Treaty-based heads of jurisdiction. In other words the jurisdiction is specific, not general. The latter belongs to national courts, which are Community courts of general jurisdiction⁹³. Therefore we provided two levels of judicial protection: centralized (the Court of Justice) and decentralized (national court) one, which operates on the basis of “rule-exception” principle. National courts’ competence is the rule. Jurisdiction of the Court is an exception. The way things have developed since 1951 is well-known and there is no need to quote the process here in detail. What matters is the end-result: article 234 of the Treaty (preliminary rulings) has been used by the Court to create a Community mandate of national courts and transformed the system of legal protection from centralized to decentralized⁹⁴ one.

⁹² In theory, because in the past the Court was creative in interpreting the scope of its mandate. For a ground-breaking analysis see A. ARNULL, *Does the Court of Justice have an inherent jurisdiction?*, (1990) 27 Common Market Law Review 683.

⁹³ Case C - 2/88 *Imm Zwartweld and others*, [1990] ECR I - 4405. On national court’s Community role see I. MAHER, *National Courts as Community Courts?*, (1994) 14 Legal Studies 226 and LORD SLYNN OF HADLEY, *What is a European Community law judge?*, (1993) Cambridge Law Journal 52.

⁹⁴ R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice*, (MacMillan Press, 1998), K. J. ALTER, *Establishing the supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, (Oxford University Press, 2001).

4.2. CONCEPT OF A “GOOD JUDGE”

Procedural justice calls for judges to embody special qualities. In his seminal analysis of judges' role, A. Barak wrote that there are two functions of the judges. First is bridging of the gap between law and society. He sees the judge as a partner in creating law who maintains coherence of the legal system as a whole. By expressing and knowing prevailing societal values a judge is able to keep law in touch with changing circumstances in which it operates. Secondly, a judge is to protect the constitution and democracy. The latter is understood formally (expressed in legislative supremacy, elections and majority rule) and substantively (expressed in the concepts of separation of power, the rule of law, independence of the judiciary and human rights). Both aspects of democracy are necessary since without values other than majority rule a regime is not democratic⁹⁵.

Bearing this in mind, we should construe our definition of an ideal good judge. On a general level we might accept the following definition: “A good judge is a judge who, within the bounds of the legitimate possibilities at his disposal, makes the law that [...] best bridges the gap between law and society and best protects the constitution and its values”⁹⁶. Barak understands that there are degrees in the quality of judging. As we know better or worse democracies, we could also identify judges who are better or worse in the art of judging. What unites them is their aspiration to attain the highest level without ever attaining them. On a specific level a good judge is a judge who is aware of his role, makes use of the means at his disposal (purposive interpretation). A good judge is creative. On the one hand, he is ready to explore the limits of the legal system in order to know how far he can go in order to realize fully his judicial role. On the other hand he is aware of and willing to abide by certain limits to his judicial mandate beyond which he is not allowed to stray. He is open-minded as far the legal text is concerned. Barak says that “the judge may

⁹⁵ A. BARAK, *op. cit.*, p. XVII-XVIII and 24–25.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 307.

not give the text a meaning that its language cannot bear. However the text is not end-all” since it operates in a context, which must be taken into account in order to understand the text. Therefore “the good judge recognizes the text and sees it as a starting point, but not an ending point”. A good judge must be coherent. However, his coherence is evaluated on the basis of the entirety of his work, not one single mistaken judgment. Finally and crucially, a good judge is not a person of extremes whose world would be divided into black and white. On the contrary, a good judge is ready to balance between the extremes and settle on the choice that will best reflect and fit into the social values.

4.3. JUDGE AS SEEN THROUGH INDIVIDUALS’ EYES.

IDEAL APPLIED

The notion of a “good judge” contains fundamental characteristics of a judge, which may not be overlooked in Community law. A good Community judge must first of all be independent and impartial⁹⁷. The guarantee to an independent and impartial tribunal established by law is one of the most important ones. It is a two-sided guarantee. On one hand it is a fundamental human right, which ensures that disputes involving an individual are decided by a neutral authority. On the other hand, however, this guarantee has also an institutional aspect when it lays down the foundation of the third power in a state after the legislative and executive⁹⁸ ones. In other words judicial independence has a dual goal: to guarantee procedural justice in the individual judicial process

⁹⁷ Independence constitutes also one of the requirements for the body to be recognized as a “court or tribunal” within the meaning of art. 234 of the EC Treaty. However this notion of independence is much broader than the one adopted for the purpose of the present analysis since it also covers organs which are not courts in the strict sense of the word. For more see R. KOVAR, *La notion de juridiction en droit européen*, in *Mélanges Jean Waline*, (Bruylant, 2002).

⁹⁸ S. TRECHSEL, with the assistance of S. J. SUMMERS, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford University Press), p. 46.

and to guarantee protection of democracy and its values⁹⁹. As a result the right of an individual to have his/her case heard by a tribunal that is impartial and independent is coupled with a state's duty to lay down appropriate legislative framework for that purpose¹⁰⁰.

Judicial independence is a generic concept. It includes two elements: independence of the individual judge (so-called personal independence) and independence of the judiciary (so-called institutional independence). Personal independence is defined as a situation in which every judge is "free to decide matters before him in accordance with his assessment of the facts and his understanding of the law, without any improper influences", inducements, or pressures, direct or indirect, from any quarter or for any reason, whereas the institutional independence means that judiciary is independent from the executive branch and legislature, and has jurisdiction over all issues of a judicial nature¹⁰¹. The personal aspect of the independence builds a protective wall around the individual judge and the institutional one builds a protective wall around the judicial branch. Because of their interconnectedness and interdependence they should be considered together¹⁰². They cannot exist without each other¹⁰³.

⁹⁹ This is in accordance with the distinction between formal and material democracy. The former is about majority rule and parliamentary sovereignty, the latter means the rule of democratic values among which we include, among others, judicial independence. A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006), p. 77.

¹⁰⁰ This dualism starts to be recognized also in Polish legal doctrine, see Z. BRODECKI, (ed.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, 2007).

¹⁰¹ *Siracuse's Principles on the independence of the judiciary*. For strikingly similar definitions, understanding of the judicial independence and its link to the rule of law, see preamble to the *Recommendation no R (94) 12 of the Committee of Ministers to member states on independence, efficiency and role of the judge*, (Conseil de l'Europe, 1994) and *Explanatory Memorandum* in particular p. 9–11. See also point 1.1. of the *European Charter on the Statute for Judges*, (Strasbourg, 8–10 July, 1998).

¹⁰² *McGonnell v UK* para 48, quoted in A. MOWBRAY, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 2007), p. 430.

¹⁰³ A. BARAK, *op. cit.*, p. 77–80.

Judicial impartiality refers to specific cases. Impartiality has always been seen as the guarantee of human rights and it constituted from time immemorial one of the building blocks of procedural justice¹⁰⁴. It means that the judge is not biased against the party. The judge is impartial if his attitude is not predetermined by certain considerations¹⁰⁵. Rather he is guided by justice and his conscience. Impartiality must be determined according to a subjective and objective test. The former urges one to take into account the personal conviction of a given judge in a particular case and the latter is about ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.

Article 6 §1 of the Convention stipulates that everyone is entitled to a hearing by an independent and impartial tribunal established by law. The case-law of the ECHR underscores that impartiality is understood to be of fundamental importance in a democratic society insofar as impartial courts inspire confidence in the public. The personal impartiality (subjective test) must be presumed until there is a proof to the contrary. As regards an objective test, it must be ascertained whether apart from the judge's personal conduct there are "ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. Even appearances may be of a certain importance in this regard¹⁰⁶.

It is difficult to state firmly the distinction between independence and impartiality. It seems that they are so closely interconnected as to obviate any attempts to treat them distinctly at all costs¹⁰⁷. It is impor-

¹⁰⁴ In particular Anglo-Saxon traditions, which puts rule against bias at the centre of natural justice. See P. CANE, *An Introduction to Administrative Law*, (Clarendon Law Series, Clarendon Press, Oxford, 1996), p. 170-172.

¹⁰⁵ Z. TOBOR, T. PIETRZYKOWSKI, *Bezstronność jako pojęcie prawne*, in I. BOGUCA, Z. TOBOR, (ed.), *Prawo a wartości*, (Zakamycze, 2003).

¹⁰⁶ Case *Piersack v. Belgium*, (1982) 5 EHRR 169.

¹⁰⁷ It is interesting to note that the text of *Draft Proposals for Updating Recommendation No R (94) 12 on the independence, efficiency and role of the judges* which is being worked out by the Group of Specialists on the Independence, Efficiency and Role of the Judges, stresses the importance of impartiality and proposes that Recommendation should be amended so as to give more weight to the impartiality requirement, (Strasbourg, 19 June 2007, CJ-S-JUST (2007) 3), p. 5.

tant, however, to realize the weight attached to each guarantee. As was rightly observed “if a judge is not independent, there is definitely a suspicion that he or she will not be impartial, but this is not necessarily so – it may be that in a specific case the dependence is irrelevant. If, however, a judge is partial, he or she is not fit to sit, and it is immaterial whether he or she is independent or not”¹⁰⁸. Independence means lack of subordination to any other organ of the state, in particular to the executive. It reflects the constitutional position of the judiciary. ECHR emphasises that in order to “establish whether a body can be considered independent, regard must be had, *inter alia*, to the manner of appointment of its members and to their term of office, to the existence of guarantees against outside pressures and to the question whether the body presents an appearance of independence”¹⁰⁹.

We should move now to the analysis of judges and advocates general. Their status is set out in the Treaties and then further concretized in the Statute and Rules of Procedure¹¹⁰. Members of the Court (this applies for the judges and advocates general) are to be persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial offices in their respective countries or who are jurisconsults of recognized competence”¹¹¹.

According to article 4 of the Court’s Statute, the Judges may not hold any political or administrative office. They may not engage in any occupation, whether gainful or not, unless exemption is exceptionally granted by the Council. When taking up their duties, they shall give a solemn undertaking that, both during and after their term of office,

¹⁰⁸ S. TRECHSEL, with the assistance of S. J. SUMMERS, *Human Rights in Criminal Proceedings*, (Oxford University Press), p. 50.

¹⁰⁹ Case *Bryan v. United Kingdom*, (1995) 21 EHHR 272, para 37. See also C. OVEY, R. WHITE, *The European Convention of Human Rights*, (Oxford University Press, 2006).

¹¹⁰ English text of the relevant procedural documents is set out in full in T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny / Community Procedural Code*, (Beck, 2008).

¹¹¹ Article 223 para 1 of the EC Treaty.

they will respect the obligations arising therefrom, in particular the duty to behave with integrity and discretion as regards the acceptance, after they have ceased to hold office, of certain appointments or benefits. Any doubt on this point shall be settled by a decision of the Court.

Article 3 of the Rules of Procedure further specifies that before taking up his duties, a Judge shall, at the first public sitting of the Court which he attends after his appointment, take the following oath: "I swear that I will perform my duties impartially and conscientiously; I swear that I will preserve the secrecy of the deliberations of the Court". Once the oath has been taken, the Judge shall sign a declaration by which he solemnly undertakes that, both during and after his term of office, he will respect the obligations arising therefrom, and in particular the duty to behave with integrity and discretion as regards the acceptance, after he has ceased to hold office, of certain appointments and benefits.

Article 5 of the Statute states that apart from normal replacement, or death, the duties of a Judge shall end when he resigns. Article 6 provides for trials by one's peers, namely a Judge may be deprived of his office or of his right to a pension or other benefits in his stead only if, in the unanimous opinion of the Judges and Advocates General of the Court, he no longer fulfils the requisite conditions or meets the obligations arising from his office. The Judge concerned shall not take part in any such deliberations. In this case the Registrar of the Court shall communicate the decision of the Court to the Presidents of the European Parliament and of the Commission and shall notify it to the President of the Council. In the case of a decision depriving a Judge of his office, a vacancy shall arise on the bench upon this latter notification. Rules of procedure add (article 4) that when the Court is called upon to decide whether a Judge no longer fulfils the requisite conditions or no longer meets the obligations arising from his office, the President shall invite the Judge concerned to make representations to the Court, in a closed session and in the absence of the Registrar.

On many occasions it was asked whether the short and renewable term of office is sufficient to obviate any appearance of lack independence¹¹². As Professor Arnall rightly observes, provisions of both Statute and Rules of Procedure do not address the appearance of bias that might arise where a member of the Court had political or other connections prior to his appointment with the government that appointed him. He goes on to quote Advocate General Jacobs that from time to time the appointment of a particular judge or advocate general has not been renewed, for apparently arbitrary reasons¹¹³. In this context it might be pointed out that many member states adopted a system whereby the judges of their constitutional courts are appointed for one, long and non-renewable term.

However, the Constitution¹¹⁴ maintains the *status quo* in this regard: no changes are introduced to the procedure of appointment¹¹⁵ and term of office¹¹⁶. There is one notable exception. The Constitution adds an advisory phase to the appointment procedure. According to article III-357¹¹⁷

¹¹² For discussion see L. N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, (Sweet and Maxwell, 2000) and A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005).

¹¹³ A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005), p. 22.

¹¹⁴ At the time of writing, the fate of Lisbon Treaty was far from clear and settled. See for detailed analysis J. BARCZ, *Przewodnik po Traktacie z Lizbony*, (LexisNexis, 2008). First and unofficial results of the Irish referendum pointed to a victory of the opponents of the Lisbon Treaty.

¹¹⁵ Article III 355 subparagraph 1 *in fine* of the Constitution provides that judges shall be appointed by common accord of the governments of the Member States after consultation of the panel provided for in Article III-357.

¹¹⁶ Article III-355 subparagraph 1 of the Constitutional Treaty provides that the Judges and Advocates-General of the Court of Justice shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial offices in their respective countries or who are jurisconsults of recognized competence.

¹¹⁷ In the accompanying Polish version of the present analysis I refer to the official translation of the Constitution. This reservation is important bearing in mind numerous doubts and mistakes in the official translation. By way of example see the awkward rendition of the term „osobistości”.

a panel shall be set up in order to give an opinion on candidates' suitability to perform the duties of Judge and Advocate-General of the Court of Justice and the General Court before the governments of the Member States make the appointments to the Court. This panel shall comprise seven persons chosen from among former members of the Court of Justice and the General Court, members of national supreme courts and lawyers of recognised competence, one of whom shall be proposed by the European Parliament. The Council shall adopt a European decision establishing the panel's operating rules and a European decision appointing its members. It shall act on the initiative of the President of the Court of Justice.

This modification is commendable since it will contribute to ensuring that members of the Court are always of highest quality. It is a step towards depolitization of the appointment process. Yet it is not sufficient to safeguard against judicial appointments for improper motives¹¹⁸. The panel's contribution to the appointment might be valuable provided that it would be given a power of decision in the process. I agree with Professor Arnall's suggestion that it should be given the power to appoint members from a list of, for example, three candidates proposed by a Member State concerned¹¹⁹. In this way a fair balance would be struck between the unquestionable interest of Member States in the composition of the Court and the interest in making sure that the Court is indeed composed of persons of highest professional standard and qualifications.

The case-law of the Court sees rights to a court as a part and parcel of a right of every person to a fair trial. However we should stress that the Court uses the term right to a tribunal and defines the tribunal as independent of the executive power¹²⁰. We should stress here that the right to fair trial and the right to a tribunal are strictly distinguished

¹¹⁸ A. ARNULL, *op. cit.*, p. 24.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Joined cases C - 174/98P i C - 189/98P, *Netherlands v Van der Wal*, [2000] ECR I - 1, para 17 quoting the *De Wilde* case of the ECHR.

here. The former is defined by the latter, not the other way round¹²¹. In its case law the Court was confronted twice with a plea going directly at the status of the judges from the perspective of a right to a court. In *Lubor Graal* case¹²² it was argued by German government that the system for designation of the chambers was in breach of the fundamental right to have one's case heard by the legal judge ("gesetzlicher Richter"). The Government argued that the Treaty provided only for chambers of five judges, whereas the decision of the Court of 1994 set the number of the judges of the Sixth chamber at six, for which there is no basis in the Treaty. The Court disagreed and ruled that the Treaty allows the Court to form Chambers of three and five judges. This power is "without prejudice to the fact that, for reasons relating to the judicial organization of the Court, the three or five judges assigned to adjudicate in a particular case may belong to a Chamber consisting of a higher number of judges"¹²³.

The second argument raised in this case questioned lack of information on criteria on the basis of which judges were assigned to adjudicate this case. The Court responded that German Government did not question the actual composition of the Chamber in the case under consideration and the Chamber "has been unable to identify any way in which its composition in the present case could prejudice the rights of the parties"¹²⁴. However later and on the strength of these arguments the Court has set up since then a strictly automatic system as to the designation of judges to chambers¹²⁵. In this way we might accept that the

¹²¹ This observation is important bearing in mind that the Court's case law lacks terminological consistency.

¹²² C - 7/94, *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein - Westfalen v Lubor Gaal*, [1995] ECR I - 1031.

¹²³ Para 13.

¹²⁴ Para 15 *in fine*.

¹²⁵ H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, (Kluwer Law International, 2001).

Court shows great procedural sensitiveness and aims at dispelling any doubts as far as the status of its members is concerned. This is of course irrespective of any assessment based on the merits.

The second case concerned the application of article 18 of the Statute. According to this article “no Judge or Advocate General may take part in the disposal of any case in which he has previously taken part as agent or adviser or has acted for one of the parties, or in which he has been called upon to pronounce as a member of a court or tribunal, of a commission of inquiry or in any other capacity”. If, for some special reason, any Judge or Advocate General considers that he should not take part in the judgment or examination of a particular case, he shall so inform the President. If, for some special reason, the President considers that any Judge or Advocate General should not sit or make submissions in a particular case, he shall notify him accordingly. Subparagraph three gives the Court kind of procedural *compétence de la compétence* since it provides that “any difficulty arising as to the application of article 18 shall be settled by decision of the Court”. Finally, a party may not apply for a change in the composition of the Court or of one of its chambers on the grounds of either the nationality of a Judge or the absence from the Court or from the chamber of a Judge of the nationality of that party (subparagraph four).

The case in question is *Lenz*¹²⁶. The applicant made a request under article 18 (then article 16) of the Statute to have one of the judges of the Court of First Instance removed from the proceedings. The Court of First Instance ruled that it was not necessary to rule on the request since the judge asked to be discharged from sitting in the case¹²⁷. As a result, the judge was replaced in his duties by the most senior judge of the Chamber presided previously by him. Strangely and despite all this,

¹²⁶ Case C - 277/95P, *Lenz*, [1996] ECR I - 6109 on appeal from T - 462/93, 464/93, 470/93, *Lenz v Commission* (order not published in ECR).

¹²⁷ At the same time the Court emphasized that there was nothing which might, under article 18 of the Statute, preclude judge in question from sitting in the cases.

the party appealed to the Court of Justice against the order pointing out that the Court of First Instance should have given a decision on their request in the contested order and that failure to take account of the fact that judge Lenaerts stood down is contrary to the Rules of Procedure¹²⁸. It is no surprise that the Court of Justice gave a short shrift to this plea. Name of Judge Lenaerts was not in the introduction to the contested order and he played no part in the adoption of the contested order. As a result the plea was clearly inadmissible.

Summing up this short account of case-law, the independence and impartiality is seen by the Court as being of paramount importance. *Lenz* case shows the readiness of the judges to exclude any doubts as to their independence and impartiality, whatever the merit in parties' claims in this regard. It is interesting in this regard that appearances of independence and impartiality also affected the attribution of a case after the Court of Justice had quashed a decision of the Court of First Instance and referred the case back to the Court. For a long time there was no rule obliging the Court of First Instance to attribute the case so referred to a different chamber than the one that had adopted the disputed decision in the first instance. Faced with a silence of the Rules of Procedure it was the internal practice of the Court of First Instance that tended to make sure that it would be a different chamber, but it was not always the case¹²⁹.

¹²⁸ It is indeed difficult to understand the reasoning of the party in this regard. For recapitulation of the arguments see para 33–34 of the order of the Court of Justice. The Commission was convinced that the appeal as a whole should be dismissed as an abuse of process (para 38).

¹²⁹ As demonstrated by H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK who give an example of a case in which it was only at the parties' request that the composition of the chamber was modified so as not to include a judge who initially heard the case; *op. cit.*, p. 769, at footnote 110. Article 118(2a) of the Rules of Procedure of the Court of First Instance currently in force provides: "Where the Court of Justice sets aside a judgment delivered or an order made by a single Judge, the President of the Court of First Instance shall assign the case to a Chamber composed of three Judges of which that Judge is not a member". Full text and translation see T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny/Community Procedural Code*, (CH Beck, Warszawa, 2008).

Apart from the requirements of independence and impartiality, there are other components that make up the “goodness” of our judge. Only by way of signalling the problem, following points should be appreciated.

First of all understanding that judging is not a mechanical activity¹³⁰, but calls for creativeness on the part of the judges is of special importance in Community law. Judicial-making process is not only a declaratory process, but also a process in which judges do create law¹³¹. This finding is even more true in Community law where judges are often confronted with problems and questions never envisaged by law-makers¹³² and whole areas of law are judge-made¹³³. In this way a good judge sees dichotomy “interpretation-application” as a myth no longer applicable to judicial activity.

A good Community judge must be accessible¹³⁴. Accessibility could be dealt with as part of the problem of procedural autonomy of Member States (below). This understanding of “accessible judge” although fundamental¹³⁵, is not the only way of understanding the term. There is

¹³⁰ Term from R. POUND, *Mechanical Jurisprudence*, (1908) 8 Columbia Law Review 605.

¹³¹ R. A. POSNER wrote that “the fact remains that judges make, and not just find and apply law”, in *Federal Courts: Crisis and Reform*, (1985) and more recently his *Problems of Jurisprudence*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1990).

¹³² Among countless contributions see in particular analysis by M. SHAPIRO, *The European Court of Justice: Of Institution and Democracy*, (1998) 32 Israel Law Review 3.

¹³³ Indeed teleological interpretations are necessary in a legal system such as Community law which is built around objectives and goals – H.G. SCHERMERS, D. F. WAELEBROECK, *Judicial protection*, *op. cit.*, p. 20–27, in particular examples given at p. 25–26.

¹³⁴ M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, (Clarendon Press, Oxford, 1989).

¹³⁵ F. SCHOCKWEILER, *L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire*, (1996) 25 Journal des tribunaux, Droit européen 1, F.G. JACOBS, *Access to justice as a fundamental right in European Law*, in G. CARLOS RODRIGUEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN, CH. ELSÉN, (ed.), *Mélanges en hommage à Fernard Schockweiler*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden) C. HARLOW, *Access to Justice as a Human Right: the European Convention and the European Union*, in P. ALSTON, (ed.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999) and N. K. KLAMARIS, P.M.E. EFSTRATIOU, *Access to Justice as a Fundamental Right*, (1998) 51 Revue Hellenique du droit International 291.

a more technical level of the term, namely the system of legal aid and representation, its transparency and effectiveness¹³⁶.

A Community judge must be predictable. This is a crucial aspect of the status of a “good judge”, which calls for an in-depth analysis and research. Predictability is understood as consistency (following precedents, reasoning along the lines which distinguish the technique of the Court from other courts, choosing principles and methods of interpretation which make the Court predictable and enable the parties to plan ahead their strategy in order to get to the judges’ mind). Formally speaking, the Court is not bound by its previous decisions¹³⁷. At best they only furnish authoritative justification for solving the case. Normally the Court follows the precedents it has established¹³⁸. However at all times it keeps its options open in order to be able to rethink the issue once decided¹³⁹. This might from time to time raise problems whether, and if

¹³⁶ This would call for an in-depth and detailed analysis, in particular in the context of preliminary rulings. For procedural texts see T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy ...*, *op. cit.*, For analysis see in particular C. HARLOW, *Access to Justice as a Human Right: the European Convention and the European Union*, in P. ALSTON, (ed.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999), who points out that “if access to the courtroom is a human right, then so must access to legal services be”, p. 189 and discussion at p. 204–205. Also K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, 2nd edition, London, 2006), p. 587–589.

¹³⁷ For extensive analysis of precedent and *stare decisis* in Community law see A. G. TOTH, *The Authority of Judgments of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects*, (1984) 4 Yearbook of European Law 1 and J. J. BARCELÓ, *Precedent in European Community Law*, in D. N. MACCORMICK, R. S. SUMMERS, (ed.), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, (Ashgate - Dartmouth, Aldershot - Brookfield - Singapore - Sydney), p. 407 who shows that discussion on precedent in the Court of Justice is far from settled, in particular p. 415–416. In Polish literature see Z. BRODECKI, T. T. KONCEWICZ, *Precedensy jako podstawa piramidy*, in Z. BRODECKI, (ed.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, Warszawa, 2007).

¹³⁸ Overrulings happen very rarely. For notable exception from the general rule see “parliamentary chain novel” where *Comitology* was overturned in *Chernobyl*.

¹³⁹ In detail see A. ARNULL, *Owing to a fallibility. Precedent and the European Court of Justice*, (1993) 30 Common Market Law Review 247 and his *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005).

yes which, ruling(s) has been overturned or simply distinguished¹⁴⁰. This is not entirely satisfactory. In such cases only the global analysis of the chains of cases may clear up the point¹⁴¹.

In my understanding of predictability, a prominent place is occupied by the question of judicial discretion. Judicial discretion is “the power given to a person with authority to choose between two or more alternatives, when each of the alternatives is lawful”¹⁴². Researching how judges do use their discretion is an ambitious task since it necessitates entering the mind of a judge who “will weigh, reflect, gain impressions, test and study” when making the choice.¹⁴³

Community judge must be reasonable. His decisions must be based on verifiable, convincing, transparent and logical reasons¹⁴⁴. The empha-

¹⁴⁰ Modifying the case-law without acknowledging the departure raises many problems. In such situations, as rightly observed by A. ARNULL, (referring to *Bergaderm* judgment), “second, the parties are deprived of the right to be heard on the merits or otherwise of the principle which the court chose to apply. Third, the Court failed to acknowledge the departure its decision represented from the law as it was previously understood”; *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005), p. 629.

¹⁴¹ U. EVERLING, *On the judge-made law of the European Community's Courts*, in D. O'KEEFE, (ed.), *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, (Kluwer Law International, 2000). In Polish literature T. T. KONCEWICZ, *Jak rzeczywiście zrozumieć orzecznictwo przestanie? „Łańcuchy orzeczeń” i sąd wspólnotowy*, *Paestra* 3–4/2008.

¹⁴² Definition comes from classical work of A. BARAK, *Judicial Discretion*, (Yale University Press, New Haven and London, 1989), p. 7. See also his most recent contribution on the subject: A. BARAK, *The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice*, in O. WIKLUND, (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, (Norstedts Juridik, Kluwer Law International, 2003). Barak's analysis should be resorted to as authoritative and relevant also for Community law, since his ideas are quoted and accepted in the leading monograph of judicial discretion in Community law. For this see I. CANOR, *The Limits of Judicial Discretion in the European Court of Justice. Security and Foreign Affairs Issues*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden).

¹⁴³ *Ibidem*. For more recent work see M. I. VILLA, *Facing Judicial Discretion. Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, (Kluwer Academic Publishers, 1999).

¹⁴⁴ J. R. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards a European Jurisprudence*, (Clarendon Press, Oxford, 1993).

sis is on how the judges reach decisions, what leads them to this or that decision, whose interests are given preference and why¹⁴⁵. This is the context of discovery¹⁴⁶. The context of justification focuses on the presentation of the decision, on the reasons publicly given by the judge/court in support of the judgment. As emphasised by Bengoetxea, justification is about giving reasons, but not just any reasons, but reasons that are considered to be good or adequate¹⁴⁷. The rational practical discourse assumes that certain rules are observed in order for the speaker to justify what is said. Justification must be based on carefully selected and agreed on rules of rationality¹⁴⁸.

Requirement of “reasonableness”, however, goes much further than mere justification and giving reasons for its actions. As professor MacCormick says “the reasonable person has virtue of *prudentia* and

¹⁴⁵ See in detail Z. BRODECKI, T. T. KONCEWICZ, „*Wspólnotowa rozumność w Trybunale Sprawiedliwości*” – lecture delivered on 21st of January 2008 at the conference organized by the Chair of Human Rights of the University of Warsaw in co-operation with Polish section of International Association of Legal Sciences. Paper under the same title was submitted for publication in post-conference book.

¹⁴⁶ J. R. BENOETXEA, *The Justification of Decisions by the European Court of Justice*, (Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes, 1989 nr 202), p. 5. For other analyses from the perspective of Community judges see: H. BAUER-BERNET, *Motivation et droit communautaire*, in CH. PERELMAN, P. FORIERS, (ed.), *La motivation des décisions de justice*, (Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978), O. DUE, *Pourquoi cette solution?* in O. DUE, M. LUTTER, J. SCHWARZE, (ed.), *Festschrift für Ulrich Everling, Band I*, (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden), p. 273, U. EVERLING, *Reflections on the Reasoning in the Judgments of the Court of Justice of the European Communities*, P. PESCATORE, *Jusqu’où le juge peut-il aller trop loin?* in *Festschrift til Ole Due*, (1994), p. 56, P. PESCATORE, *Jusqu’où le juge peut-il aller trop loin?* in *Festschrift til Ole Due*, (1994), p. 301, J. BENOETXEA, N. MACCORMICK, L. M. SORIANO, *Integration and integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in G. DE BURCA, J. H. H. WEILER, (ed.), *The European Court of Justice. Collected Courses of the Academy of European Law*, (Oxford University Press, 2001).

¹⁴⁷ J. R. BENOETXEA, *The Justification ...*, *op. cit.*,

¹⁴⁸ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, translated by R. ADLER and N. MACCORMICK, (Clarendon Press, Oxford, 1989), p. 191 and *Die Idee Einer Prozeduralen Theorie der Juristischen Argumentation*, 12 *Rechtstheorie Beiheft* 2, p. 179.

uses this in action [...] reasonable people take account of foreseeable risks, but with regard to serious possibilities or probabilities, not remote or fanciful chances. They do not jump to conclusions, but consider the evidence and take account of different points of view. They are aware that any practical dilemma may involve a meeting point of different values and interests. There is no such thing as *a priori* hierarchy of arguments or argumentative techniques where some are considered better than the others¹⁴⁹. Good judge takes the competing and converging values and other reasons for action seriously, seeking a reconciliation of them, or, in cases of inevitable conflict, acting for whatever are, all in all, the more cogent reasons or the greater or overriding values¹⁵⁰.

With being reasonable comes the requirement of coherence. Without going into details¹⁵¹ coherence in legal reasoning is focused on the arguments, and on how the given arguments are connected¹⁵². Coherence might be defined in negative terms (lack of inconsistencies) and in positive terms (something more than the logical consistency of propositions), ‘hanging together’, ‘making sense as a whole’, ‘cohesion’, ‘consonance’, ‘speaking with one voice’¹⁵³. With the aid of coherent approach the judge is pursuing an ideal to *make sense* of the diversity of

¹⁴⁹ By way of example and contrary to widely-held assumptions, the acclaimed principle of effectiveness (*effet utile*) of Community law does not function as a universal argument which always prevail in the reasoning of the judge. Rather, effectiveness is weighed and contrasted against other arguments and interests worth protecting. For detailed analysis see Z. BRODECKI, T. T. KONCEWICZ, „*Wspólnotowa rozumność ...*”, *op. cit.*

¹⁵⁰ N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, (Oxford University Press, 2005), p. 166.

¹⁵¹ See in general N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, (Clarendon Press, 1994), B. LEVENBOOK, *The Role of Coherence in Legal Reasoning*, (1984) 3 *Law and Philosophy* 355, R. ALEXI, A. PECZENIK, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, (1990) 3 *Ratio Iuris* 130.

¹⁵² L. M. SORIANO, *A Modest Notion of Coherence in Legal Reasoning. A Model for the European Court of Justice*, (2003) 16 *Ratio Iuris* 296, p. 297.

¹⁵³ S. BERTEA, *Looking for Coherence within the European Community*, (2005) 11 *European Law Journal* 154, p. 156–157 who cites the relevant literature (at footnote 10).

law¹⁵⁴. This is of particular relevance for the Court of Justice since this Court is perched at the intersection of legal traditions and cultures and adjudicates in a world that is marked by legal pluralism¹⁵⁵.

The challenge and task of the Court's judges is nowhere better captured than in the writings of one of its former judges. Judge Edward says that "the judge's role cannot be confined to that of providing a technocratic literal interpretation of texts produced by others [...] judge must proceed from one case to another seeking, as points come up for decision, to make the legal system consistent, coherent, workable, and effective"¹⁵⁶. This is a special way of understanding coherence, which is peculiar to Community law. Soriano speaks of "non-foundationalist notion of coherence" according to which judge does not seek to determine what the law is according to the criterion of coherence but, rather, they try to make the legal system a coherent whole. This is why alongside coherence the above-adduced quotation features "workability" and "effectiveness"¹⁵⁷. In this way a Community judge striving for coherence is an engaged judge. His decision will be coherent not only if the arguments it is based on are well connected with one another but also if the decision under consideration coheres with the rest of the system and its fundamental principles¹⁵⁸.

Finally, a Community judge must listen. This point has been splendidly expressed on a more general level by A. Barak. He says: "At

¹⁵⁴ L. M. SORIANO, *op. cit.*, p. 302 (emphasis in the original).

¹⁵⁵ For this complexity see S. BERTEA, *op. cit.*, p. 155.

¹⁵⁶ D. EDWARD, *Judicial Activism: Myth or Reality?* in A. I. L. CAMPBELL, M. VOYATZI, (ed.), *Legal Reasoning and Judicial Interpretation of European Law*, (London, Trenton, 1996), p. 66.

¹⁵⁷ L. M. SORIANO, *op. cit.*, p. 298 and detailed discussion therein.

¹⁵⁸ For an attempt of the reconstruction of the judicial decision making in the Court see J. R. BENGOTXEA, N. MACCORMICK, L.M. SORIANO, *Integration and integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice*, in G. DE BURCA, J. H. H. WEILER, (ed.), *The European Court of Justice. Collected Courses of the Academy of European Law*, (Oxford University Press, 2001), p. 42–85.

the core of judging is judicial temperament. That is the quality that allows the judge to listen to the parties' arguments with an open mind, without interrupting and without constantly seeking to educate them; that is the quality that allows the judge to restrain his power and to understand its limits; it is a quality of humility and the lack of arrogance that educates the judge to understand that he does not have a monopoly on wisdom; it is recognition of his capability of erring and the need to admit mistakes"¹⁵⁹. "To judge others or judging on others' rights and obligations involves listening to their stories in order to arrive at conclusions that conform to law, but where possible, also appear to be just"¹⁶⁰.

These general reflections are even of more fundamental importance in Community law, which functions at the interstices of national and international law and is in the process of constant exchange of ideas¹⁶¹. A Community judge takes the pulse of national legal systems in order to find best possible and acceptable solution to transnational problem at hand¹⁶². That is why a Community judge must be by definition an open one. He must be receptive to the parties' arguments and be ready to learn at all times. With openness so understood comes judicial humility and understanding that judging in such supranational environment is a learning process that never ends. A judge who always listens never acts mechanically, knowing in advance what to do. It should be appreciated that this feature is closely linked to one of the fundamental tenets of procedural justice – right to be heard. This right assumes that parties are not only given chance to influence

¹⁵⁹ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006), p. 309–310.

¹⁶⁰ M. KIRBY, *To Judge is to Learn*, (2007) 48 Harvard International Law Journal 36.

¹⁶¹ For the importance of national traditions see former Advocate General P. LÉGER, *Les grands principes du droit sont à peu près les mêmes dans tous les pays d'Europe*, EUROPE 4/2007, p. 11.

¹⁶² K. LENAERTS, *Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law*, (2003) 52 International and Comparative Law Quarterly 873, p. 906.

the judges' mind (technical aspect of providing for a hearing etc.) but also, and most crucially, the readiness of a judge to listen and embrace the parties' arguments and submission (mental aspect of the right to be heard). Art of listening is then what truly separates a judge from a good judge.

In this way we move from listening requirement to judicial receptiveness, which is of special importance for procedural justice. Faced with the incessant proliferation of courts¹⁶³, judges adjudicate to an increasing extent in the "comity of courts", interact with other judges, read their judgments, and learn different judicial styles and lines of reasoning¹⁶⁴. Receptiveness has been always and must remain an integral part of the procedural game¹⁶⁵. Without listening, there is no chance to survive. From the perspective of procedural justice this is of special importance since the Court has always looked to article 6 of

¹⁶³ A.M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, (2003) Harvard International Law Journal 191, R. HIGGINS R., *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, 55 (2006) International Comparative Law Quarterly 791, N. LAVRANOS, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part I*, (2005) European Environmental Law Review 213, N. LAVRANOS, *Concurrence of Jurisdiction between the ECJ and other International Courts and Tribunals. Part II*, (2005) European Environmental Law Review 240, N. LAVRANOS, *The MOX Plant Judgment of the ECJ: How exclusive is the jurisdiction of the ECJ?*, (2006) European Environmental Law Review 291, N. LAVRANOS *Protecting Its exclusive Jurisdiction: The Mox Plant-judgment of the ECJ*, (2006) Law and Practice of International Tribunals 479, R. LAWSON, (2000) 37 Common Market Law Review, R. LAWSON, *Current Trends in the Relationship between Strasburg and Luxembourg*, (ERA Trier, 2–3, June, 2005). RAO, *Multiple Judicial forums: A Reflection of the Growing Strength of International Law or its Fragmentation, Diversity or Cacophony?*, *New Judicial Sources of Norms in International Law – Symposium*, (2004) Michigan Journal of International Law 929.

¹⁶⁴ For impressive example of such judicial "brain-storm" see R. BADINTER, S. BREYER, (ed.), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, (New York University Press, 2004).

¹⁶⁵ In this context see the "Schmidberger - Omega" case-law of the Court of Justice as a sign of such positive receptiveness. For details M. AVBELJ, *European Court of Justice and the Question of Value Choices: Fundamental Human Rights as an Exception to the Freedom of Movement of Goods*, Jean Monet Working Paper 6/04.

the Convention and the jurisprudence of the ECHR built around it as a source of inspiration¹⁶⁶.

Summing up, procedural justice must be centred on an empowered individual, who is going to the court in full consciousness of his dignity and rights. There he meets with a judge, but not any judge but the one who is a “good judge”. Therefore procedural justice reconstructed here is always based on the right to a good judge. ■

¹⁶⁶ S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European Human Rights Acquis*, (2006) 43 *Common Market Law Review* 629.

CHAPTER TWO

Procedures in Community law.
Impact study

1. PROCEDURALIZATION OF COMMUNITY LAW.
PRELIMINARIES

My contention is that procedure should be seen as a building block of Community legal system¹⁶⁷. More laws, regulations and ceaseless process of Europeanization¹⁶⁸ mean the growth of expectations on the part of individuals. They expect that any claims based on the growing and evolving Community legal system will be heard and adjudicated in a fair, transparent, understandable and coherent manner, by an impartial and independent judge¹⁶⁹. Indeed procedure starts to act like a mirror, in which the great issues of liberty and justice, the great themes of the relationship between individuals, groups and states, are

¹⁶⁷ See also an interesting analysis of S. LEFEVRE, *Rules of procedure do matter: the legal status of the institutions' power of self organization*, (2005) 30 *European Law Review* 802.

¹⁶⁸ R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, (Montchrestien, 1998), p. 148.

¹⁶⁹ H. SCHEPPEL, E. BLANKENBURG, *Mobilizing the European Court of Justice*, in G. DE BURCA, J. H. H. WEILER, (ed.), *The European Court of Justice. The Collected Courses of the Academy of European Law*, (London, 2001), p. 9.

faithfully reflected¹⁷⁰. Cases of European Parliament and application of Community law through the intermediary of national courts and national procedures are very instructive to prove the point¹⁷¹. In order to appreciate procedure we must stop thinking in terms of procedures as complements to rights.

We should consider moving from „*ubi ius ibi remedium*” to „*ubi remedium ibi ius*”. The procedure tends to become an autonomous source of just decisions. Proceduralization might be understood in two ways: a broad and a narrow one. According to the former it connotes laying down procedures for the betterment of the quality of legal system¹⁷². The latter conception of proceduralization, which is of special relevance for the present analysis, signifies erecting procedural mechanisms aimed at perfecting the respect of law. The evolution of the case law of the European Court of Human Rights might be instructive in seeing and understanding how the law “goes procedural” nowadays¹⁷³. On the one hand procedures (this is a classic approach)¹⁷⁴ are seen as complementing the substantive rights guaranteed under the Convention.

Member States are under positive obligation to take action in order to assure the *effet utile* of a right. On the other hand (and this is a proce-

¹⁷⁰ M. CAPPELLETTI, *op. cit.* p. 73.

¹⁷¹ In general T. T. KONCEWICZ, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Dynamiczna koncepcja wspólnotowego wymiaru sprawiedliwości*, (Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa, 2006).

¹⁷² Most notably, P. COPPENS, J. LENOBLE, (ed.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, (Bruxelles, Bruylant, 2000), p. 437.

¹⁷³ E. DUBOUT, *La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la cour européenne des droits de l’homme*, (2007) *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 397, p. 398.

¹⁷⁴ Already G. Jellinek asserted that subjective rights without procedures are imperfect as opposed to subjective rights which might be vindicated. For useful review of current debate on the relationship between procedure and substance see J. HELIOS, *Miejsce prawa europejskiego proceduralnego we wspólnotowym porządku prawnym*, in J. KACZOR, (ed.), *Teoria prawa europejskiego*, (Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław, 2005).

dure-inspired approach), procedures come into their own¹⁷⁵. The action is demanded in terms of procedures, not rights. In this way Convention right would comprise two sides: substantive (protection of, for example, life, property, etc) and procedural. Consequently proceduralization leads to an autonomization of the procedural side of the right in the sense that violation is established on the basis of non-respect of procedures and independently of whether any substantial right has also been violated. Dubout traces the origins of procedural emancipation of the Court's case law to the judgment of the Grand Chamber in *McCann v United Kingdom*¹⁷⁶. According to the Court it is incumbent upon Member State to conduct effective investigation into the deaths of dozens of persons during an anti-terrorist operation. However it was not until the influx of Turkish cases concerning secret disappearitions of suspected persons, that the procedural aspect has found a firm ground in the case law. This "procedural aspect" of a Convention right has now been established as a tenet of the human rights' jurisprudence¹⁷⁷.

Moving now to the Community law, proceduralization here is a concept that should be analysed on two levels: Community and national. On the one hand at *Community* level there is no better or well-known example than that of European Parliament judicial emancipation through article 230 of the EC Treaty. We should be aware that Parliament's emergence was due to legislative procedures. These procedures were protected in turn *via* judicial process. Without access to judicial courtroom, newly

¹⁷⁵ In general see R. SUMMERS, who urges a greater than before appreciation of the formal aspects of law. Already in *Plea for process based values*, (1974) Cornell Law Review. His more recent works include *How law is formal* (1997) Cornell Law Review and *Form and Function in a Legal System – A General Study*, (Cambridge University Press).

¹⁷⁶ E. DUBOUT, *La procéduralisation*, *op. cit.* p. 399.

¹⁷⁷ Distinction between "volet substantia" and "volet procédural" goes back to the joint dissenting opinion of Judges Pastor Ridruejo, Bonello, Makarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall and Zupančič in case *Labita v Italy*. See E. DUBOUT, *op. cit.*, p. 398, at footnote 6.

granted legislative competences would be illusory¹⁷⁸. However to prove my point below, I picked up the example of a highly unusual case of *Zwartweld*, which shows how a national court got an access to the Court via procedure crafted for the purpose of a case at hand and how procedural language dominated the Court's approach.

On the other hand, at *national* level, growing significance of procedures is shown by looking at how Community law is applied and interpreted by national courts. It is submitted that this process boils down to procedures: their availability and content. According to the

¹⁷⁸ Among many analyses see in particular A. ARNULL, *Does the Court of Justice have an inherent jurisdiction?*, (1990) 27 Common Market Law Review 683 and *The European Court and judicial objectivity: A reply to Professor Hartley*, (1996) 112 Law Quarterly Review 411, G. Bebr, *Case note on „Chernobyl”*, (1991) 28 Common Market Law Review 663 and *The Court of Justice: judicial protection and the rule of law* in D. CURTIN, T. HEUKELS, (ed.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), K. ST. C. BRADLEY, *The Variable Evolution of the Standing of the European Parliament in Proceedings Before the Court of Justice*, (1989) 8 Yearbook of European Law 27 and *Sense and Sensibility: Parliament v Council continued*, (1991) European Law Review 245, V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *Note sur l'affaire Les Verts*, (1987) Recueil Dalloz Sirey 79, V. CONSTANTINESCO, D. SIMON, *Note sur l'affaire Les Verts*, (1987) Journal du droit international 409, V. CONSTANTINESCO, *Note sur l'affaire C - 70/88*, (1991) Journal du droit international 451, J. P. JACQUÉ, *Note sur l'affaire Les Verts*, (1986) Revue trimestrielle de droit européen 500, J. P. JACQUÉ, *La légitimation du Parlement européen ou il n'était pas nécessaire d'espérer pour entreprendre*, (1990) 26 Revue trimestrielle de droit européen 620, P. PESCATORE, *Reconnaissance et contrôle judiciaire des actes du Parlement européen*, (1978) Revue trimestrielle de droit européen 594, F. SCHOCKWEILER, *La Cour de justice des Communautés européennes dépasse-t-elle les limites de ses attributions?* (1995) 4 Journal des tribunaux 73, M. THILL, *Le défaut de qualité du Parlement européen pour agir en annulation au titre de l'article 173 du Traité CEE: l'arrêt de la Cour de justice du 27 septembre 1988 et ses implications sur d'autres aspects du contentieux communautaire*, (1989) 25 Cahiers de droit européen 367, M. THILL, *Recent Case-Law of the Court concerning the European Parliament*, W. PAPPAS, S.A., *Current Trends and Developments in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities: Annual Review vol. 1*, (European Institute of Public Administration, Maastricht, 1994), J. A. USHER, *How limited is the jurisdiction of the European Court of Justice*, in J. DINE, S. DOUGLAS-SCOTT, I. PERSAUD, (ed.), *Procedure and the European Court*, (1991), J. H. H. WEILER, *Pride and Prejudice - Parliament v Council*, (1988) 13 European Law Review 334.

principle of procedural autonomy of Member States, Community rights are protected by means of national procedures. Yet there are many examples of a Community right demanding a particular procedure and asking a national court to create one if none exists: in other words *ubi remedium, ibi ius*¹⁷⁹. Therefore a question emerges of what is the exact relationship between Community right and national procedure since the former might demand much more than mere application of national procedures?¹⁸⁰

2. HOW DO PROCEDURES MATTER IN COMMUNITY LAW? CASE STUDY

2.1. COMMUNITY LEVEL. CASE C-2/88, *IMM ZWARTVELD*: AUTONOMOUS PROCEDURE FOR ACCESS BY NATIONAL JUDGES TO THE COURT OF JUSTICE

The case was a referral from Dutch court hearing a criminal case involving financial embezzlements in the common market in fisheries. The national judge wished to inspect documents drawn by officers of the Commission during investigations carried out and then call them as witnesses. His application was refused by the Commission on the ground that the documents requested concerned aspects of internal organization of the Commission and as such could not be sent for inspection by a judge. Having received this decision, the judge sent the case to the Court of Justice. The Commission argued that the case was inadmissible since the Treaty regulates exhaustively the jurisdiction of the Court and access to it by national courts. The latter always take the form of article

¹⁷⁹ I refer here to the opinion of advocate general Mischo in *Franovich* case. Recently also J. S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, (2003) 9 *European Law Journal* 599.

¹⁸⁰ T. EILMANSBERGER, *op. cit.* Also Z. BRODECKI, (ed.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, 2007), in particular on the principle *ubi ius ibi remedium*.

234 referrals. In this case the request of national judge was outwith article 234 since it neither concerned the interpretation nor the validity of Community law and as such was clearly inadmissible.

The Court disagreed¹⁸¹. It confirmed the lack of a specific head of jurisdiction, yet it did not see this finding sufficient for ruling the request to be inadmissible. The basis for the Court's jurisdiction stemmed from special character of Community law. The Court started by referring to two constitutional judgments *Costa v Enel*¹⁸² and *Les Verts*¹⁸³. The Treaty created its own legal system, which became an integral part of domestic legal systems (*Costa*) and the Community is based on the rule of law (*Les Verts*). Rule of law calls for wide interpretation of article 10 of the EC Treaty: local cooperation is binding both on Member States and Community institutions¹⁸⁴. Applying these findings to the case at hand the Court underscored that in case of request for assistance emanating from a national court investigating alleged infringements of Community law, principle of loyal cooperation requires every institution to do its best to assist the national court in its task. As far the Court's jurisdiction to entertain the case was concerned, the Court pointed at article 220 of the EC Treaty. This provision obliges the Court to make sure that the commission complies with its duty of local cooperation. Article 220 is linked to article 10 so that the former enables judicial control of whether the latter is respected.

¹⁸¹ See in detail J. S. WATSON, *Case note on Zwartveld*, (1991) 28 Common Market Law Review 428 and D. SIMON, *Note sur l'affaire Zwartveld*, (1991) Journal du droit international 445.

¹⁸² Case 6/64, [1964] ECR 585.

¹⁸³ Case 294/93, [1986] ECR 1339.

¹⁸⁴ On article 10 of the EC Treaty and possible terminology see L. CONSTANINESCO, *L'Article 5 de la Bonne Foi à la Loyalte Communautaire*, in F. CAPORTORI (ed.), *Du droit international au Droit de l'Integration. Liber Amicorum P. Pescatore*, (Nomos, 1987), p. 97, O. DUE, *Article 5 du Traité CEE. Une Disposition de Caractère Fédéral?* (1991) 2 Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. II, p. 23 and K. MORTELMANS, *The Principle of Loyalty of the Community (article 5) and the Obligations of the Community Institutions*, (1998) 5 Maastricht Journal of European and Comparative Law 67.

Having set out the jurisdictional context, we should now move to procedural aspect of *Zwartveld*. Ensuring observance of the law as required by article 220 of the EC Treaty means that the Court supervises the respect of article 10 „by means of a legal procedure appropriate to the objective pursued by the national authority”¹⁸⁵. Introduction by the Court of the term “legal procedure” is a novelty of the case under consideration. It is the procedure and jurisdiction that enables the Court to make sure that article 10 is observed. Procedure is thus presented as a novel term: thus far the Court spoke of „competences”, “jurisdiction”, “heads of jurisdiction”. Interestingly it was said in the literature that bearing in mind several doubts concerning the division into „competencies” and „powers”, more attention should be paid to the procedures and means. Procedures are understood as “rules governing the exercise of powers, or, in other words “functions in action”¹⁸⁶. Using competences must be in line with certain procedural requirements and limitations. In this way competences are complemented by procedures.

This procedural perspective and approach is not entirely new. In *Les Verts* the completeness of the Community system of judicial protection was applied both to legal remedies and procedures.

In *Zwartveld* the Court reverts to and builds on this. The Treaty did not provide for a procedure whereby the Court would oblige the Commission to furnish the documents requested by a national court, since the only provision that dealt with relations between the Court and national courts was article 234 of the EC Treaty. That is why *Zwartveld* should be read as a creation of a new procedural avenue for national judges to reach the Court.

Attempting to reconstruct this judge-made procedure, following conditions should be complied with. Firstly, national institutions (not

¹⁸⁵ In French version of the order we have “[...] par une voie de droit adaptée à l’objectif que cette autorité poursuit” (emphasis added).

¹⁸⁶ A. J. G. IBANEZ, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits*, (Hart Publishing, Oxford - Portland, 1999), p. 53.

only courts) charged with application of Community law are faced with refusal by one of the Community institutions to cooperate in connection with the investigation of alleged infringements of Community law. The request should specify what the kind of assistance is sought and its purpose. Such specification is crucial since it determines future jurisdiction of the Court. On the basis of this information the Court will be able to know if the conduct of the institution in question was irregular from the perspective of loyal cooperation¹⁸⁷. Secondly, the national institution sends its request to the Court who in turn will address the institution concerned, requesting for its position and detailed justification of negative decision. Thirdly, after hearing the Advocate General, the Court will rule whether the refusal was justified and, depending on the decision, order the institution to comply with the request. This procedure should be distinguished from article 234 concerning preliminary rulings procedure. It is *sui generis* and finds its basis entirely in the order of the Court¹⁸⁸. The difference between the two lies not only in the objective but also in the conditions of putting the procedure in motion¹⁸⁹.

Zwartveld shows how powerful language of procedures might be. Even if we accept that in this case procedure was result-oriented (respect for article 10 by the institutions and meaningful cooperation with national institutions supervising the observance of Community law), this procedure must be “appropriate” and “effective”. We are yet to learn full ramifications of this order but it is well known that the Court’s case

¹⁸⁷ In this vein see G. BEBR, *Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law* in D. CURTIN, T. HEUKELS, (ed.) *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of H.G. Schermers. Vol. II*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994), p. 326.

¹⁸⁸ At the time of writing J. S. WATSON was of the opinion that the Intergovernmental Conference should take his order into consideration and modify accordingly system of legal protection in the Treaty, *op. cit.*, p. 436. So far “Zwartveld procedure” was not addressed at IG level. Therefore its authority stems entirely from the ruling of the Court.

¹⁸⁹ G. BEBR, *op. cit.*, p. 326.

law is incremental and gradual so the time might come at last to rely on it. One thing is certain: *Zwartveld* is a case of huge, not yet fully uncovered, precedential value.

2.2. NATIONAL LEVEL. BETWEEN PROCEDURAL AVAILABILITY AND PROCEDURAL CONTENT

2.2.1. INTRODUCTION

Community law does not have procedural law akin to that of Member States. It is true that direct effect, sympathetic interpretation, Francovich-type liability are all inventions of the Court's jurisprudence. At the same time, however, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding the rights that individuals derive from Community law. National systems of judicial protection are the first and natural port of call for all those who claim to be the beneficiaries of Community law. It means that ensuring effectiveness of rights and protecting position of individuals within the sphere of Community law depend on the organization and modalities of national procedures.

The legal protection afforded to Community rights is always the end-result of the national procedure. Therefore the dominating element in the Court's case law is ensuring judicial supervision over the application and interpretation of Community law. The decentralized system relies on national courts, which, as allies of the Court, are charged with ensuring the full effectiveness of Community subjective rights.

A subjective right which individual derives from Community law will be only effective if it can be vindicated through court proceedings. In other words, the question is first of access to court and secondly of the quality of the legal protection that the national court can grant. Member States are under obligation to designate the competent court to which individuals may apply for protection of their rights.

The Court's case law is evolving in this regard. In legal literature it was pointed out that several generations of the case law might be discerned and defined, depending on the intensiveness with which the Court was willing to be more specific about how far *effet utile* of Community-based subjective right might affect the way national procedures are organized¹⁹⁰. The story of the Court's approach might be grouped under the following headings (remembering, however, that we deal with an ongoing process). The first phase was about *procedural autonomy* of Member States, the second one emphasised *full effectiveness* of Community rights, the third one settled on *procedural equilibrium* and proportionality, the fourth seems to be again about national procedural autonomy but this time qualified as a rebuttable presumption.

It is not my aim here to retell the story of the case-law, which is well-known and covered by vast literature¹⁹¹. Rather the research will

¹⁹⁰ M. DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers. Rapport général*, w: *Remedies for breach of Community Law, Vol. I*, (FIDE Londyn, 1980), D. CURTIN, K. MORTELMANS, *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script*, in D. CURTIN, T. HEUKELS, (ed.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1994).

¹⁹¹ Only by way of example and without aspiring to be exhaustive one may consult in general: A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, (Oxford University Press, 2005), L. J. BRINKHORST, H. G. SCHERMERS, *Judicial Remedies in the European Communities. A Case-Book*, (Kluwer, 1977), Z. BRODECKI, (ed.), *Europa sędziów*, (LexisNexis, Warszawa, 2007), P. CRAIG, G. DE BURCA, G., *European Union Law: text, cases and materials*, (Oxford University Press, 3rd edition, 2003), M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, (Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004), P. J. G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities from Maastricht to Amsterdam*, (Kluwer Law International, London-Hague-Boston, 1998), K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, London, 2nd edition, 2006), S. PRECHAL, *Directives in European Community Law. A study of directives and their enforcement in national courts*, (Oxford University Press, 2nd edition, 2005), H. G. SCHERMERS, D. F. WAELBROECK, D. F., *Judicial protection in the European Union*, (Kluwer Law International, 6th edition, 2001), D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, (Presses Universitaires de France, Paris, 3rd edition, 2000), S. WEATHERILL, P. BEAUMONT, P., *EC Law—essential guide to the legal workings*

concentrate on the way an individual can assert his rights. If we look at the most salient cases decided by the Court, they all reached it *via* article 234 of the Treaty and national courts. That is why it is of fundamental importance that Member States provide individuals with access to court and judicial proceedings. We are here concerned with the *admissibility* and *availability* of judicial procedure. At this stage the *qualitative* question as to how this procedure should be shaped is at the back.

of the Community, (Penguin Books, 3rd edition, 1999). For in-depth analysis see R. CARANTA, *Judicial protection against Member States: a new ius commune takes place*, (1995) 32 *Common Market Law Review* 703 and *Learning from our neighbours: Public Law Remedies—Homogenization from Bottom Up*, (1997) 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 220, P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 453, *Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability*, (1993) 109 *Law Quarterly Review* 595, *Once More unto the Breach: The Community, the State and Damages Liability*, (1997) 113 *Law Quarterly Review* 67 and *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, (1997) 22 *European Law Review* 519, D. CURTIN, *State Liability Under Community Law: a New Remedy for Private Persons*, (1992) 21 *Industrial Law Journal* 74 and *The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders*, in *Constitutional adjudication in European Community and National Law. Essays for the Hon. Mr Justice T. F. O'Higgins*, (Butterworths, Dublin, 1992), E. DEARDS, *Brasserie du Pêcheur: Snatching Defeat from the Jaws of the Victory?* (1997) 22 *European Law Review* 630 and *Curiouser and Curiouser? The Development of Member State Liability in the Court of Justice*, (1997) 3 *European Public Law* 117, G. DE BURCA, *Giving effect to European Community Directives*, (1992) 55 *Modern Law Review* 215, J. S. DELICOSTOPOULOS, *Towards European Procedural Primacy in National Legal Systems*, (2003) 9 *European Law Journal* 599, P. ELEFThERIADIS, *The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues*, (1996) 16 *Yearbook of European Law* 205, M. L. F. ESTEBAN, *National Judges and Community Law: The Paradox of the Two Paradigms of Law*, (1997) 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 143, R. J. GOEBEL, *Achieving Full Effectiveness of Community Law: The Court of Justice's Third Stage of Enforcement Rules*, in *Implementation, Compliance and Effectiveness. Proceedings of the 91st Annual Meeting of the American Society of International Law*, (The American Society of International Law, Washington, 1997), CH. M. G. HIMSWORTH, *Things falling apart: The Harmonisation of Community Judicial Protection Revisited*, (1997) 22 *European Law Review* 291, E. F. HINTON, *Strengthening the Effectiveness of Community Law: Direct Effect, Article 5 and the European Court of Justice*, (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 307, M. HOSKINS, *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, (1996) 21 *European Law Review* 365, T. HEUKELS, *Case note on Van Schijndel and Peterbroeck*, (1996) 33 *Common*

Again the starting point is an individual with a right under Community law. If his right is respected and given full effect, no problem arises, since we have a situation of “natural application”. If, however, his right is not respected, it is curtailed, limited, interpreted restrictively, etc. he must turn to a national judge and avail himself of the existing national procedural environment. “Procedural autonomy”¹⁹² says that the effectiveness and speediness of legal protection is in the hands of national judges, using national procedures and remedies. The message contained in the early (first generation) case law was that Community law was not intended to create new remedies in national courts other than those already available

Market Law Review 337, J. T. LANG, *Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty*, (1990) 27 *Common Market Law Review* 645, *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, (1997) 22 *European Law Review* 3 and *The Principle of Effective Protection of Community Law Rights*, in D. O’KEEFFE, (ed.), *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, (Kluwer Law International, 2000), I. MAHER, *National Courts as Community Courts*, (1994) 14 *Legal Studies* 226, C. P. MARTIN, *Furthering the effectiveness of EC directives and the judicial protection of individual rights thereunder*, (1994) 43 *International and Comparative Law Quarterly* 26, S. PRECHAL, *Remedies after Marshall*, (1990) 27 *Common Market Law Review* 451, *EC Requirements for an Effective Remedy*, in A. BIONDI, J. LONBAY, (ed.), *Remedies for Breach of EC law*, (Wylie, 1997), *Community law in national courts: lessons from Van Schijndel*, (1998) 35 *Common Market Law Review* 681, *EC requirements for an effective remedy*, in J. LONBAY, A. BIONDI, (ed.), *Remedies for Breach of EC law*, (Wylie, 1997) and *Does direct effect still matter?* (2000) 37 *Common Market Law Review* 1047, M. ROSS, *Beyond Francovich*, (1993) 56 *Modern Law Review* 55, H. TONER, *Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame (III)*, (1997) 17 *Yearbook of European Law* 165, W. VAN GERVEN, *The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: the Reality of Catchwords*, in D. CURTIN, T. HEUKELS, (ed.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. II*, (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), *Bridging the Gap between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?*, (1995) 32 *Common Market Law Review* 679 and *Of Rights, Remedies and Procedures*, (2000) 37 *Common Market Law Review* 501, A. WARD, *Effective Sanctions in EC Law: A moving Boundary in the Division of Competences*, (1995) 1 *European Law Journal* 205, J. H. H. WEILER, *A Quiet Revolution—The European Court of Justice and its Interlocutors*, (1994) 26 *Comparative Political Studies* 510.

¹⁹² See however reservations of C. N. KAKOURIS, *Do the Member States possess judicial procedural autonomy?* 34 (1997) *Common Market Law Review* 1389. He calls into question the correctness of referring to procedural autonomy of Member States.

in national law¹⁹³. Member States' duty on the basis of art. 10 of the Treaty was to make sure that there was a court having jurisdiction (competent) to hear the case in which Community rights were involved, there existed a procedure and modalities of putting the procedure into motion. The emphasis was thus on the availability of a court and a procedure for the enforcement of Community rights. This procedural discretion was subject only to two minimum requirements of Community pedigree: principle of equivalence and effectiveness (sometimes known as practical possibility)¹⁹⁴. According to the former, substantive and procedural conditions governing the actions resorted to for the purpose of protecting Community rights must not be less favourable than those relating to similar domestic actions. According to the latter, these substantive and procedural conditions are not framed in a way as to render virtually impossible the enjoyment of rights conferred by Community law¹⁹⁵.

2.2.2. ACCESS TO JUDICIAL PROCEEDINGS

Access to court is a means by which the individual asserts his rights. Right to a fair and expeditious judicial proceedings is of no value if there are no proceedings¹⁹⁶. This finding is of particular relevance for Community law since, as rightly observed, access to justice is closely linked to direct effect. "Indeed it is fair to describe direct effect as premised on a right of access to justice"¹⁹⁷. It was elevated to the status of a general

¹⁹³ Case 158/80, *Rewe v Hauptzollamt Kiel*, (so called "Butter-buying cruise" case), [1981] ECR 1805.

¹⁹⁴ P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text. Cases and Materials*, (Oxford University Press, 2003).

¹⁹⁵ Both requirements were introduced into Community parlance in case 33/76, *Rewe*, [1976] ECR 1989 and 45/76, *Comet*, [1976] ECR 2043 and repeated with only slight modifications ever since.

¹⁹⁶ ECHR in *Golder v. UK*, (1975) 18 EHRR 524.

¹⁹⁷ C. HARLOW, *Access to justice as a Human Right: The European Convention and the European Union*, in P. ALSTON, (ed.), *The EU and Human Rights*, (Oxford University Press, 1999), p. 191.

principle of law in seminal *Johnston* case¹⁹⁸. According to the Court “the requirement of judicial control [...] reflects a general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the Member States [...] and is also laid down in Articles 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [...] it is for the Member States to ensure effective judicial control as regards compliance with the applicable provisions of Community law and of national legislation intended to give effect to the rights for which the directive provides”. In this way we have in effect two principles: principle of judicial control and principle of effective judicial protection. Both are intertwined in that they reflect the ideal that an individual must have a chance to protect his rights before the courts and the protection afforded must be effective. From the perspective of procedural justice this is crucial since existence of judicial proceedings should be characterized by effectiveness. In this way we move from the element of *accessibility* of judicial control (issues like for example legal aid, *locus standi*, admissibility conditions or time-limits) to *quality* of judicial control. Effectiveness of judicial proceedings says much more about the content of procedure since the adjective “effective” is determinative of how procedure should be construed. This in turn is a question *par excellence* procedural. Effectiveness starts to be a Community criterion according to which one can evaluate different aspects of national procedure. Not only access must be guaranteed and also participation must be effective. The vigilant individual must be able to defend his Community rights under best possible conditions, knowing what to expect of the procedure and the competent court. Community principle of access to judicial control applies to all rights and obligations deriving from the Treaty, including also decisions taken by national authorities, which are of purely administrative character. Thus right to a fair hearing in Community law is made up of two entitlements on the part of an individual which are closely connected:

¹⁹⁸ Case 222/84, *Johnston*, [1986] ECR 1651.

right of access to a court and right to a fair hearing *senso stricto*, that is the way judicial proceedings are organized and conducted.

Since *Johnston* case Member States are under obligation to provide access to the national courts so that beneficiaries of Community rights are able to assert them through court proceedings. Recently the access to an independent and impartial tribunal for the determination and protection of subjective rights was again at the centre of the Court's attention. In *Commission v. Austria*¹⁹⁹ Commission questioned the compatibility with Community law of Austrian provisions concerning the system for challenging decisions of national authorities to reject applications for inclusion in the list of medicinal products covered by the national health insurance system. According to the system, at the applicant's request, a decision rejecting an application for inclusion should be referred to an independent advisory board consisting of experts, which could then issue recommendations to the competent authority, urging to reconsider the negative decision. The Court found that to be insufficient from the perspective of access to judicial process. As far as the proceedings themselves are concerned, they should guarantee that the parties have an adequate opportunity to participate in the proceedings. In other words they must be afforded a "meaningful day in court"²⁰⁰ which functions as a standard for evaluation of various procedural modalities. Mere presence in court is not enough. The party must be able to effectively participate in the proceedings. A good example is provided by evidentiary rules in force and applicable burden of proof. In one case it was asked whether the analyses conducted by the national authorities on the compatibility of foodstuffs with rules on labelling, for which the manufacturer could not obtain a second opinion, could be admitted as evidence during

¹⁹⁹ C - 424/99, [2001] ECR I - 9285.

²⁰⁰ "Having one's day in court" forms the core element of the doctrine of common law due process.

appeal proceedings through which a manufacturer questioned the administrative decision imposing financial penalties. In its reply the Court stressed that parties must be able to take part in the proceedings before the competent court, which will enable them to defend their rights. For this purpose, right to a fair hearing must cover the manner in which evidence was taken and then introduced in the court proceedings. Parties' participation will be meaningful if they are afforded a real opportunity to comment effectively upon evidence submitted to the court, especially where that evidence concerns technical field beyond the knowledge of the judges²⁰¹.

From the perspective of time and evolution of the case law, one may say that access to judicial proceedings affected profoundly the national procedural arrangements. The rights-based approach demands from the courts of Member States to be accessible for beneficiaries of Community subjective rights and ready to grant effective judicial protection. ■

²⁰¹ Case C - 276/01, *Steffensen*, [2003] ECR 3735.

CHAPTER THREE

Procedural justice in Community law. Model reconstructed

1. POINT OF DEPARTURE: NOTION OF DUE PROCESS OF LAW

According to common law, natural justice means the “natural sense of what is right and wrong”²⁰². Procedural justice then would serve natural justice via appropriately structured procedures. Natural justice is seen as the source from which procedural fairness flows.

Principles of natural justice mould the procedure so as to make it fair. At all times it comprises two fundamental rules of fair procedure: (1) nobody may be a judge in his own case; (2) a man’s defence must always be fairly heard²⁰³. In American legal doctrine²⁰⁴ due process is fundamental to the nature of relations between the individual and the

²⁰² Case *Voinett v. Barrett*. However the terminology is far from settled. For impressive list see *DeSmith, Woolf, Jowell’s Principles of Judicial Review*, (Sweet and Maxwell, 1999), p. 248–249 who spoke among others of “substantial justice”, “essence of justice”, “fundamental justice”, “universal justice”, “rational justice”, “fair play in action”. The Authors point that all those phrases express the same idea.

²⁰³ P. CANE, *An Introduction to Administrative Law*, (Clarendon Law Series, Clarendon Press Oxford, 1996).

²⁰⁴ In Canada we have the concept of “fundamental justice”.

state²⁰⁵. It signifies the conduct of legal proceedings according to established rules and principles for the protection and enforcement of private rights²⁰⁶. According to the Fifth Amendment (applying to federal government) “no person shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law [...]”, whereas the Fourteenth Amendment applies this concept to states. The Due Process Clause, as interpreted by the Supreme Court, has two components: procedural and substantive. The former means the imposition of restrictions on legal procedures (procedural aspect) and the latter focuses on material content of laws adopted by the legislature²⁰⁷. The substantive aspect, contested and controversial for many years²⁰⁸, asks which fundamental rights must be respected at all times by the law-maker (be it federal or state)²⁰⁹.

American procedural due process is based on the concept of procedural fairness. The function of procedural due process is “to delineate the constitutional limits on judicial, executive and administrative enforcement of legislative or other governmental dictates or decisions”²¹⁰. It provides minimum level of protection and procedural safeguards that must be respected at all times by statutes and enforcement actions²¹¹.

²⁰⁵ D. ROBERTSON, *A Dictionary of Human Rights*, (Europa Publications Limited), p. 62.

²⁰⁶ B. A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, (2004), p. 538–539.

²⁰⁷ For criticism of “procedural-substantive” dichotomy see R. A. MACDONALD, *A Theory of Procedural Fairness*, (1981) 1 Windsor Yearbook of Access to Justice 3, p. 4.

²⁰⁸ For detailed account of the case law see L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (The Foundation Press Inc. Mineola, New York, 1988) and J. M. GORA, *Due Process of Law*, (National Textbook Company - American Civil Liberties Union, Skokie - New York), J. H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, (Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, 1980), in particular p. 14–21.

²⁰⁹ At the same time we must be aware that no process-based theory can do away with making substantive value judgments. Most notably L. TRIBE, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, (1980) 89 Yale Law Journal 1063.

²¹⁰ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (Mineola, New York, The Foundation Press, Inc. 1988), p. 664.

²¹¹ R. H. FALLON, JR. *The Dynamic Constitution. An introduction to American Constitutional Law*, (Cambridge University Press, 2004).

For my understanding of procedural justice of particular relevance is the perspective of procedural due process seen as a dignitary concept. Due process serves the dignity of those subject to adverse governmental action²¹². It says that there is intrinsic value in the due process guarantees. Right to be heard and rights of the defence are valued as such, irrespective of the final result of the process that they form a part of. They all serve the participatory element of the process: participation in order to influence the decision²¹³. We have subjective right to be heard and right to be told why the decision is made in certain way. As Tribe put it forcefully “these rights to interchange express the elementary idea that to be a *person*, rather than a *thing*, is at least to be *consulted* about what is done”²¹⁴. Dignitary due process is measured as to whether the conduct in question complies with basic notions of fairness and dignity²¹⁵. Rule of law requires some form of due process designed to ascertain the truth.

The precepts of natural justice are to ensure that the legal order will be impartially and regularly maintained²¹⁶. As such due process forms a good starting point for the analysis that follows. It will be my contention that meaningful procedural justice must be seen as something more than simple accuracy, correctness, and lack of mistakes. What is at stake is not just the appearance of making justice and accurate reflection of substantive rules applicable, but rather inherent procedural significance, which treats process as an essence of justice²¹⁷.

²¹² R. H. FALLON, JR, *The Dynamic Constitution. An introduction to American Constitutional Law*, (Cambridge University Press, 2004), p. 91.

²¹³ For more see F. I. MICHELMAN, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process* in J. R. PENNOCK, J. W. CHAPMAN, (ed.), *Due Process*, XVIII Nomos, (New York University Press, New York, 1977). p. 126–127.

²¹⁴ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 666.

²¹⁵ Also R. SAPHIRE, *Specifying Due Process Values: Toward a More Responsive Approach to Procedural Justice*, (1978) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 111.

²¹⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, (Harvard University Press, Cambridge, 1971), p. 239 and *A Theory of Justice*, (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999).

²¹⁷ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 666–667.

2. THEORETICAL FOUNDATIONS. PROCEDURAL JUSTICE AS AN EVOLVING CONCEPT

In leading monographs on procedural justice it was suggested that procedures might be justified from four different theories: instrumental, substitution, expressive and value – expressive²¹⁸. *Instrumental theory* says that procedures are well-suited to reaching materially just decisions. Thanks to procedures the fact-searching and evaluation is framed in advance within a pre-ordered structure. In American doctrine of due process it was pointed out that procedures are valued for their “anticipated consequences as means of ensuring that the society’s agreed-upon rules of conduct, and its rules for distributing various benefits, are [...] accurately and consistently followed”²¹⁹.

Substitution theory provides much more ambitious justification for procedural justice. Bearing in mind the fluid criteria for reaching a just distribution we can understand why procedure replaces material distribution standards and leads us to just results.

Expressive theory claims that expressive behaviour is the opposite of instrumental behaviour: it is not means to an end, but an end in itself. Procedures are much more than mere profits, burden-sharing. They involve participation and let people feel their subjectivity to the law as opposed to being an object. Individuals participate in a procedure as equals, taking advantage of the opportunities and instruments at their disposal. It would be interesting to compare a winner whose participation was illusory with a winner who had his true day in the court, meaning that he won thanks to procedural guarantees which were used and felt to be used.

²¹⁸ K. F. RÖHL, *Procedural justice: introduction and overview* in K. P. RÖHL, S. MACHURA, *Procedural Justice*, (Oñati International Series in Law and Society, Ashgate-Darhmouth), p. 12.

²¹⁹ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (Mineola, New York, The Foundation Press Inc, 1988), p. 667.

Group-value theory accepts that an unjust outcome, albeit possible, remains to be an isolated case. Later we might be more lucky and be winners. Yet the procedures that are unfair cause long-term effects that affect the society as a whole. Procedural justice is important since unfair procedures are perceived as a greater threat than erroneous individual decisions. Procedures give the society a feeling of self-respect and legal certainty since it is in advance that certain standards and principles are set and respected, once the question of distribution comes up. It is open to anybody to take advantage of them.

According to Rawls we have four forms of procedural justice²²⁰. *Perfect procedural justice* is the application of the procedure that is sure to reach an adequate approximation to the just outcome. Division of a cake serves as an example. The person who cuts gets the last piece. Taking equally sized pieces as the just outcome, the application of this procedure guarantees adequate approximation because self-interest will make the person do his best to cut equal pieces of the cake. Perfect procedural justice presupposes the existence of an external criterion of distributive justice to judge the justice of the outcome.

Imperfect procedural justice is the application of the procedure that is likely to reach an adequate approximation to the just outcome, but can not guarantee that in all cases it will be so. The imperfect procedural justice has the function of increasing the chances of achieving an adequate approximation.

Pure procedural justice is the application of the procedure that is sure to reach the just outcome because there is no independent criterion for the right result. Application of the pure procedural justice itself defines the result as just. As opposed to perfect and imperfect procedural justice with a criterion for determining the right (just) outcome, with pure procedural justice we simply follow procedure. Pure procedural justice has the function of defining an outcome as just by describing the relevant procedures²²¹.

²²⁰ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, *op. cit.*

²²¹ R. P. WOLFF, *Understanding Rawls*, (Princeton University Press, 1977), p. 177.

Quasi-pure procedural justice is the application of a rule of choice in a situation of indeterminacy of justice, that is to say in a situation where decisions in a given range are equally just. It has the function of defining the boundaries of discretion for the selection of one outcome within a range of equally just outcomes.

Procedures are also at centre of Luhman's classic theory of legitimation through procedures²²². He sees procedures as those social systems that are limited in their duration from the outset due to their specific function of reaching a single binding decision. He distinguishes legislative, administrative and court procedure. His considerations pertaining to the judicial procedure are of special importance for the subject matter of the present analysis. He claims that every conflict has a tendency towards generalization that is towards inclusion of more and more topics, involvement of more and more people and an escalation of weaponry.

Procedure's main role is restricting the adversaries to certain institutionalized tools, defining the topic and isolating them from their environment. It is important to stress that the legitimizing power of the procedure lies not in its fairness. Acceptance of the decision depends not on the parties' conviction of its necessity, correctness or justice. Rather the procedure exposes the individuals to a learning process, resulting in their acceptance of the outcome of the procedure as the basis for their future behaviour. The only relevant criterion for evaluating procedure is external. Parties dissatisfied with the decision will act in compliance with it, because they won't manage to mobilize their friends or general public to back up their case against the decision. Such decision acquiescence is to be realized in a social climate in which recognition of binding decisions is institutionalized. The procedure is not to convince the parties that their treatment was fair and just but to change the structure of their expectations and integrate them in the

²²² N. LUHMANN, *Legitimation durch verfahren*, (Darmstadt, Luchterhand, 1969) and second edition of 1975.

procedure in a way that in the end they will have no alternative but to accept the decision. Important as his theory of procedure and its legitimizing effect is, it is of limited use for my analysis. It seems to me that the assumption that free decision to participate in the procedure is the signal of acceptance of the outcome is very difficult to defend if our notion of procedure is so formalistic. It is very difficult to assume that people will be ready to accept a decision irrespective of the way it was arrived at. No doubt that they will have to abide by it on the strength of the state's imperium, but the whole question about procedural justice is to make them accept the unfavourable outcome because the procedure was regular and fair.

My willingness to respect the outcome is not the result of my decision to participate but rather flows from the certitude that procedure gives me voice on an equal footing with other participants. Procedure divorced from principles of justice would be a simple ritual built around technocratic and formal rules. It will be value-empty, which makes the question of its acceptance very problematic. I would agree that legitimizing effect of procedures consists in the first place in their learning dimension. We learn how to vindicate our rights. However by knowing that certain basic requirements will be respected, we are ready to forego our right not to abide by the decision. By submitting to procedures that satisfy this core of rights and principles making up procedural justice, we will commit to its execution.

Likewise J. Habermas theory is procedure-driven²²³. For him “in a democracy the correctness of decisions depends solely on the fact that the procedure has actually been carried out”²²⁴. His discour-

²²³ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992) and *Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1996).

²²⁴ J. HABERMAS, *Reply to Symposium Participants*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 1477, p. 1495. For various aspects of Habermas's proceduralization see J. LENOBLE, *Law and Undecidability: A New Vision of the Proceduralization of Law*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 935.

se theory²²⁵ says that validity of procedural outcomes is the result of common and cooperative search for truth within a rational exchange of arguments. For him “legal procedures are unique, because they approach the requirements of absolute procedural rationality since they are connected to *institutional* (i.e. independent) criteria on the basis of which, from the perspective of non-participant, a decision can be evaluated with regard to whether it has been reached in accordance *with the rules* or not”²²⁶ (emphasis added).

After this concise recapitulation of the most salient features and theories of procedures, the following definition of procedural justice will be adopted for the purpose of the present analysis. Procedural justice is about the correct application of a procedure that is likely to increase the chance of the outcome being just as opposed to substantive justice of the outcome, no matter how it has been achieved. Procedure is just because certain values and principles of procedural nature are respected and followed. This definition assumes that it is the procedures which warrant the presumption that it is possible to reach correct decisions: *A norm N is correct when it is the result of procedure P*²²⁷.

²²⁵ On discourse theory see R. ALEXY, *Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 1027 and also A. SAJÓ, *Constitutional Adjudication in light of Discourse Theory*, (1995–1996) 17 *Cardozo Law Review* 1193.

²²⁶ K. F. RÖHL, *Procedural Justice: Introduction and Overview* in K. F. RÖHL, S. MACHURA, (ed.), *Procedural Justice*, (Ashgate-Darhmouth, Aldershot UK-Brookfield USA-Singapore-Sydney), p. 23. Discourse theory is based on the “procedural paradigm of the law”. It tells us how we look at the legal world which comprises preconceptions and intuitive background knowledge. Procedural paradigm is contrasted with the liberal and the social paradigms. Under the procedural paradigm, Habermas’s theory of justice takes the form a procedural theory of justice. This concise account of Habermas comes from A. TSCHENTSCHER, *The Function of Procedural Justice in Theories of Justice*, in K. F. RÖHL, S. MACHURA, (ed.), *Procedural Justice*, (Ashgate-Darhmouth, Aldershot UK-Brookfield USA-Singapore-Sydney), p. 111. The Author gives a detailed and critical analysis of Habermas discourse theory.

²²⁷ E. O. ERIKSEN, *Democratic or jurist-made law?*, in A. J. MENÉNDEZ, E. O. ERIKSEN, *Arguing Fundamental Rights*, (Law and Philosophy Volume 77, Springer), p. 69.

3. SEARCHING FOR MODEL OF JUST PROCEDURE IN COMMUNITY LAW

In general the case law of the ECHR identified four essential guarantees making up the right to fair trial²²⁸. Firstly, equality of arms which on most general level stands for putting the parties to a case on an equal footing²²⁹. Secondly, guarantees concerning the organisation and composition of the court; thirdly guarantees pertaining to the conduct of proceedings and, finally, fourthly these pertaining to the execution of judgments.

The analysis that follows is divided into two parts. First deals with the access to courts and procedural justice. Second deals with the quality of procedural arrangements once there is access. Both elements are closely linked in that quality aspect would be meaningless and empty if one did not have an access to a court in the first place. This case-law is different in two aspects from the one analysed in the context of procedural autonomy of Member States. Firstly, it deals with the accessibility of a court at Community level (the Court of Justice or Court of First Instance), whereas procedural autonomy concentrated on the availability of a court at national level (“a court having jurisdiction”), the application of a right to effective judicial protection, access to a court and concomitant duties of Member States to organize their judicial system accordingly. Secondly, the ensuing part is content-wise, that is to say it looks at the procedures that are already pending.

²²⁸ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, (Presses Universitaires de France, Paris, 2002), p. 97–98 and see the wording of para 36 of the *Golder v UK*, (1975) 18 EHRR 524.

²²⁹ See F. MATSCHER, *The Right to a Fair Trial in the Case-Law of the Organs of the European Convention on Human Rights*, in *Fair Trial no 28*, (European Commission for Democracy Through Law, Council of Europe Publishing), p. 12–13.

3.1. ACCESSIBILITY OF PROCEDURE IN A COMPLETE SYSTEM OF PROCEDURES

According to well-established case law, the articles 230 and 241 of the EC Treaty on the one hand, and article 234, on the other, establish a complete system of legal remedies and procedures designed to ensure judicial review by the Community courts of the legality of acts adopted by the institutions. Where natural or legal persons can not directly challenge Community measures of general application, they can plead the invalidity of such acts either before the Community courts under article 241 of the Treaty or before national courts, asking them to refer a question on invalidity to the Court of Justice.

It is not my intention here to recapitulate the relevant case law and literature²³⁰. The point I would like to signal is the following question, already alluded to in the analysis of *Zwartveld* case above: should we indeed conceive this procedural system as complete one, affording effective opportunity to challenge Community acts? In other words do available procedures afford effective access to courts and consequently to effective judicial protection as required by *Johnston/Heylens* case law?

Recent case-law shows that the Court maintains its position that the system of procedures is complete and sends us a signal that it is not ready to relax the admissibility requirements from article 230²³¹, citing jurisdictional reasons²³². It reaffirms *Johnston* in that right to effective legal protection

²³⁰ P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, (1994) *Revue trimestrielle du droit européen* 171.

²³¹ Case T - 177/01, *Jégo-Quéré v Commission*, [2002] ECR II - 2365, C - 263/02P, *Commission v Jégo-Quéré* and case C - 50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v Council*, [2002] I - 6677.

²³² For details and comprehensive analysis see among others M. VARJU, *The Debate on the Future of the Standing under Article 230(4) TEC in the European Convention*, (2004) 10 *European Public Law* 43 N. VAN DEN BROEK, *A Long Hot Summer for Individual Concern? The European Court's Recent Case Law on Direct Actions by Private Parties ... and a Plea for a Foreign Affairs Exception*, (2003) 30 *Legal Issues of Economic In-*

is one of the general principles of law stemming from the constitutional traditions common to the Member States, however, it continues, it is for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures which ensure the respect for the right to effective judicial protection and it is up to national courts to interpret and apply as far as possible national procedural rules governing the exercise of rights of action in a way that enables natural and legal persons to challenge before the courts the legality of any decision or other national measure relative to the application to them of a Community act of general application, by pleading the invalidity of such act²³³. An individual can not bring an action for annulment against an act of general application that does not distinguish him individually in the same way as the addressee, even if national procedural rules do not allow the individual to bring proceedings before a national court. The Court stressed that only this interpretation of article 230 EC Treaty on admissibility criteria remains within the limits of jurisdiction conferred on it by the Treaty. Similarly an argument stemming from the right to effective legal protection can not change this finding. On appeal in *Commission v Jégo-Quéré* the Court sends a clear signal to the Member States: it is for them to “establish a system of legal remedies and *procedures* which ensure respect for the right to effective judicial protection”²³⁴ (emphasis added).

This case-law shows that there is tension between jurisdictional limits in the Treaty and desirable (as opposed to prevailing) model of access to

tegration 61, K. LENAERTS, T. CORTHAUT, T., *Judicial Review as a Contribution to the Development of European Constitutionalism*, (2003) 22 Yearbook of European Law 1, J. T. LANG, *Actions for declarations that Community regulations are invalid: the duties of national courts under Article 10 EC*, (2003) 28 European Law Review 102, J. A. USHER, *Direct and individual concern – an effective remedy or a conventional solution?* (2003) 28 European Law Review 575. D. HANE, *Talking with the ‘pouvoir constituant’ in Times of Constitutional Reform: The European Court of Justice on Private Applicants’ Access to Justice*, (2003) 10 Maastricht Journal of European and Comparative Law 265, P. GILIAUX, *L’arrêt Unión de Pequeños Agricultores: Entre Subsidiarité Juridictionnelle et Effectivité*, (2003) Cahiers de droit européen 176.

²³³ Para 32 of case C - 263/02 and para 42 of case C - 50/00.

²³⁴ Case C - 263/02P, para 31.

Community justice at the level of the Court of Justice. It should be resolved either by way of formal changes of the Treaty or a change of heart on the part of the Court. Judicial protection is, to greater extent than was the case thus far, in the hands of national courts. However an individual may appeal to judicial creativity provided that there are national implementing measures capable of being applied and interpreted in the light of effective judicial protection. What if there are no implementing measures? The case-law stops short of providing the answer to this question²³⁵.

Referral to Member States' duty to make sure that effective procedures are in place and invitation to consider formal amendments to the existing system of judicial protection stand in fact for the recognition that completeness of the system of legal remedies and procedures is rather a postulate, not a fact. This is of crucial importance since a discussion in terms of procedural justice will be meaningless if access to it is hampered in the first place (*the Court of Justice level*) or rendered ineffective (*national courts' level*)²³⁶.

3.2. QUESTION OF QUALITY OF PROCEDURE

Fundamental rights form an integral part of the general principles of law, whose observance is the duty of the Court of Justice. The Convention plays a special part in this process. Among fundamental rights, a prominent place is occupied by the right to a fair trial. As signalled already in the *Introduction*, the terminology is varying. We have the right to a "fair hearing", "fair trial", "rights of the defence", sometimes "rules of natural justice"²³⁷. On most general level the nebulous con-

²³⁵ A. ARNULL, *Editorial. When is an act not an act*, (2007) 32 *European Law Review* 1.

²³⁶ See exhaustive reasoning of Advocate General F. Jacobs in case C - 50/00, *Unión de Pequeños Agricultores v. Council*, [2002] I - 6677.

²³⁷ LASOK, MILLETT, *General Principles of Community law*, (2004), p. 322, who treat the right to a fair hearing, the rights of the defence or natural justice as synonyms. Later they introduce a "right to fair trial" even though they start with the "right to a fair hearing" as an overarching concept; p. 326. Others see the right to a fair hearing as the broadest paradigm which is then accompanied by so-called corrolary rights - x. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, (Europa Law Publishing, Groninngen, 2005), p. 215.

cept of the rights of the defence or natural justice should be précised. In Community parlance it appeared for the first time in the opinion of Advocate General Jean-Pierre Warnera in *Transocean Marine Paint Association v Commission*²³⁸. Rights of the defence (natural justice) are seen as an umbrella concept bringing together various procedural rights and guarantees. Below I do distinguish between rights of the defence and the right to a fair hearing. This reservation is important since these two concepts are often treated synonymously. Rights of the defence might be understood in such a way that in all proceedings, including judicial and administrative proceedings initiated against a person which are liable to culminate in a measure affecting the person, the person whose interests are affected by the decision-making body must, even in the absence of specific rules to that effect, enjoy the following rights: to be informed in good time of the case against him; given reasonable opportunity to examine the evidence on which the case against him is based; provided with information relevant to the presentation of his case; given a reasonable time to prepare for presentation of his case; to take advantage of professional representation; to be given a right to a fair hearing within reasonable time by an independent and impartial tribunal. In this definition two elements merit attention. Firstly, the question of perspective: a court seen through individual's eyes must be independent and impartial. These are institutional guarantees of the right to a court and they were analysed above. Secondly, the perspective of procedural rights. Here we ask the following question: what are the rights the individual is endowed with in the course of judicial proceedings?

Fair trial in Community law should be seen as a shorthand for procedural guarantees designed to secure procedural justice²³⁹. It is something different from outcome-oriented justice.

²³⁸ Case 17/74, [1974] ECR 1063.

²³⁹ For sources see S. MARKS, A. CLAPHAM, *International Human Rights Lexicon*, (Oxford University Press), p. 149–151.

The right to a fair trial has two sides: general and specific one. The former applies in all legal proceedings (article 6§ 1 of the Convention says that „everyone is entitled to a fair hearing”), whereas the latter is limited to procedural rights invoked in criminal proceedings. It was rightly observed that “it is not possible to state in the abstract the content of the requirements of a fair hearing”²⁴⁰. The problem with uncovering the concept is further aggravated by lack of terminological consistency. Sometimes it is referred to as a self-standing principle, yet in other cases it is used as an umbrella concept comprising various, more specific procedural rights and guarantees. In the recent case-law the Court uses the terminology of fair legal process as a general principle of Community law inspired by article 6(1) of the Convention²⁴¹.

Having said that we might assume tentatively that the right to fair trial is composed of two fundamental elements: equality of arms and right to adversarial proceedings. Intuitively we could define the first as lack of disadvantages of one party in the course of proceedings and the second as the right of a party to offer evidence, challenge the other party’s arguments and submissions.

3.3. OF PROCEDURAL RIGHTS AND GUARANTEES

What is then an exact content of a fair trial in Community law?²⁴² Is procedural quality constant or does it change as new cases and questions come for decision?

²⁴⁰ C. OVEY, R. C. A. WHITE, *Jacobs & White The European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 4th edition, 2006), p. 175.

²⁴¹ C - 185/95P, [1998] ECR I - 8417.

²⁴² At this stage of the analysis one point must be born in mind. In accordance with the qualification already made in the *Introduction*, what follows deals exclusively with judicial proceedings, not pre-trial proceedings (e.g. before the Commission). The Court’s shadow of procedural justice is always cast over all Community actors, but only when the case comes to the Courts and calls for judicial resolution. Before judicial phase institutions’ actions are guided in the first place by administrative fairness, effectiveness and rationality, not necessarily by procedural justice.

In *Krombach v Bamberski*²⁴³, a preliminary ruling referral from the Supreme Court of Germany²⁴⁴, the Court not only confirmed *Baustahlgewebe* (everyone is entitled to fair legal process) and its Treaty recognition now in article 6(2) of the EU Treaty. In addition, replying to the question referred, it emphasized that right to be defended occupies a prominent place in the organization and conduct of a fair trial and is one of the fundamental rights deriving from the constitutional traditions common to the Member States. Observance of a right to a fair hearing is a fundamental principle of Community law in all proceedings initiated against a person that are liable to culminate in a measure adversely affecting that person and as such must be guaranteed even in the absence of any rules governing the proceedings in question²⁴⁵. All this meant that the court of the State in which enforcement is sought can take account of the fact that the court of the State of origin refused to allow the person domiciled in that state to present his case in the proceedings before the latter court.

This judgment deserves a few words of comment. The Court leaves no doubts and its strategy is to be appreciated. It starts with a general statement that the right to fair legal process is one of the general principles of Community law. This *dictum* is crucial as it sets the scene for more detailed considerations.

Fair trial as an overarching principle is characterized by the right of everyone to defend himself. Thus uncovering of one of the guarantees takes place. In *Krombach* the Court is adamant that the right to be heard (*audi et alteram partem*) is one of the most fundamental aspects of the right to fair trial. It determines the fairness of the proceedings: no disadvantageous decision may be taken against an individual unless he is given opportunity to let know and express

²⁴³ C - 7/98, [2000] ECR I - 1935.

²⁴⁴ For facts of the case see my case note in Z. BRODECKI, (ed.), *Europa sędziów*, (Lexis-Nexis, 2007).

²⁴⁵ Para 38 and 42 of the judgment.

his position and arguments. This right is crucial in evaluating the procedural justice of the proceedings. On the one hand it facilitates the acceptance of the decision since the person was actively involved in the procedure and had an opportunity to influence the decision in the same way as the other party (so called “procedural justice effect” – on the concept see below) and on the other it contributes to the dignitary notion of the procedure since the party is given active participation in the proceedings. Within a given procedural framework, party to a case, being participatory and interested individual, shapes the proceedings.

Procedural equality is of special relevance in Community law. It requires a fair balance between the parties. Equality of arms is a central feature of a fair trial²⁴⁶. However, equality is not to be understood in absolute terms as total levelling of chances and opportunities. Rather each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case, including evidence at his favour, under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* the other side²⁴⁷.

Then, we have a right to hearing within reasonable time. Its *ratio legis* of the right to a hearing within reasonable time consists in protecting the individual from living too long under the stress of uncertainty. Only proceedings terminated within reasonable time could be effective and credible from the perspective of an individual²⁴⁸. The reasonableness of the length of proceedings is assessed in the light of all the circumstances of the case, having regard in particular to the complexity of the case, issues before the national courts, the conduct of the parties to the dispute and of the relevant authorities, and what was at stake for the

²⁴⁶ F. MATSCHER, *The Right to a Fair Trial in the Case-Law of the Organs of the European Convention on Human Rights*, in *The Right to a Fair Trial* No 28, (Council of Europe Publishing), p. 12.

²⁴⁷ For detailed account of Strasburg case-law see H. G. SCHERMERS, R. LAWSON, *Leading case of the European Court of Human Rights*, (Ars Aequi Libri, Leiden, 1999).

²⁴⁸ C. OVEY, R. C. A. WHITE, *op. cit.*, p. 187–188.

applicant²⁴⁹. The leading case in the Community jurisprudence thus far is the case *Baustahlgewebe*²⁵⁰ in which the Court addressed for the first time the unreasonable delay in the decision-making process of the Court of First Instance²⁵¹.

The Court affirmed that the right to a hearing within reasonable time applies to Community courts. In the case at hand the Court agreed with the applicants that their right to a hearing within reasonable time was not respected, yet it did not see eye to eye with them as to what consequences should be drawn from this finding. The applicants demanded setting aside of the contested judgment. The Court, however, ruled that “in the absence of any indication that the length of the proceedings affected their outcomes in any way, the plea cannot result in the contested judgment being set aside in its entirety [...] having regard to all the circumstances of the case [...] the sum of ECU 50.000 constitutes reasonable satisfaction for the excessive duration of the proceedings”²⁵². As a result this sum was deducted by the Court from the fine imposed on the applicants by the Commission.

We should appreciate the importance of this ruling in terms of the general principle laid down therein and the language used by the Court. It is a general principle of Community law that everyone is entitled to fair legal process inspired by fundamental rights and “in particular right to legal process within a reasonable period”. The latter statement is a novel one and breaks new ground in the Court’s case-law. Yet, as was rightly pointed out, this judgment leaves a lot to be desired as far as reasoning is concerned with regard to reducing the fine and the

²⁴⁹ For details P. LAMBERT, *Les notions de ‘délai raisonnable’ dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, (1991) 2 *Revue trimestrielle des droits de l’homme* 5.

²⁵⁰ C - 185/95P, *Baustahlgewebe v Commission*, [1998] ECR I - 8417.

²⁵¹ The proceedings lasted five and a half years.

²⁵² Paras 49 and 141 of the judgment.

amount of reduction²⁵³. That is why clarifications on this more specific point are welcome. Finally it is to be noted that right to a hearing within reasonable time is of general application and irrespective of the kind of proceedings²⁵⁴.

Bearing in mind the space constraints of the present analysis, I limited myself to sketching out the desirable model of procedural justice without going into details as to the kind of procedure (direct action, preliminary ruling or an appeal). The emphasis was rather on locating the most salient procedural features that should be always present, not on describing in detail those that are peculiar to selected procedures. It seems to me that the right to a fair trial (legal process), using the Court's terminology, is an overarching concept – an ideal that all procedural arrangements are to conform with. It remains, however, an open question as to what should make up the ideal. In *Krombach* it was the right to be defended, in *Baustahlgerewebe* it was the right to a hearing within reasonable time, in *Emesa* (discussed in detail below) the right to adversarial proceedings. Such incremental approach makes for the dynamism of fair trial in Community law and invites the Court to add gradually to the ideal of just procedure.

The Court's receptiveness and procedural attentiveness is all the more necessary in this regard, in view of the procedural tests and stan-

²⁵³ For critical observations and outstanding points see H. TONER, (1999) 36 Common Market Law Review 1345, p. 1350-1353

²⁵⁴ In case C – 96/89, *Commission v. Netherlands* for example the Court ruled that unreasonable length of proceedings might prejudice the effectiveness of rights of the defence. Reasonableness arises also with regard to Commission proceedings in state aid - see case 120/73, *Lorenz* [1973] ECR 1471. Similarly in case C - 282/95P, *Guerin automobiles*, [1997] ECR I – 1503, it was held that the complaint lodged on the basis of competition provisions should be considered within reasonable time. It is to be noted, however, that in the latter case the Court reasoned from the requirement of good administration, seeing proceedings within reasonable time as a part of the Commission's duty of good administration (para 37). The perspective was thus efficiency, not justice. However detailed analysis of this case-law would be going beyond the limits of the present research.

dards to which its own procedure is subjected. In other words the Community model of procedural justice, always dynamic and evolving, comes to a point of reckoning. The question is the following one: does the Advocate General in the Court of Justice withstand the test of fair trial exigencies? What follows then is procedural justice *applied*. ■

CHAPTER FOUR

Procedural justice in Community law. Model applied: Advocate General in the Court of Justice. Procedural friend or foe?

1. ADVOCATE GENERAL AND PROCEDURAL JUSTICE

The Advocate General in the Court of Justice merits special attention as an institutional *novum* peculiar to the Court. The Advocate General shares with the judges conditions and requirements for appointment. Judges and Advocates rank equally in precedence according to their seniority in office. In case of equal seniority in office, precedence is determined by age. What distinguishes the Advocate General from a Judge is his function in the procedure and decision-making process of the Court. Remembering that his function is *sui generis*, insistence on definition at all costs might be misleading. Suffice it to say that he acts as a voice of Community law, highly qualified *amicus curiae*, guided by the objective of consistency, coherence and predictability of Community law and making sure that it keeps abreast of its ever-changing environment²⁵⁵.

²⁵⁵ On the Advocate General see N. BURROWS, R. GREAVES, *Advocate General in the Court of Justice*, (Oxford University Press, 2007), K. BORGSMIDT, *The Advocate General at the European Court of Justice: A comparative study*, (1988) 13 *European Law Review* 107,

The Advocate General provides an ideal test case for applying our theoretical construction of just procedure in the context of the Court since he forms its integral part. This is even more so in recent years since the function of Advocate General has been an object of close scrutiny as a result of various challenges brought before the European Court of Human Rights against various judicial officers of Member States. The question is then whether his voice might be indeed prejudicial to parties' procedural rights and guarantees?

In the first place we should locate the criteria that could be relevant in the assessment of the Advocate General office. In accordance with my model of procedural justice and values that make it up, equality of arms occupies a prominent place. Also Summers and Bayles underscore the importance of this guarantee for the overall fairness of procedure. If we turn towards the jurisprudence of the Court of Human Rights on the fairness of proceedings, two components are given special recognition: equality of arms²⁵⁶ and right to an adversarial process. According to the former, each party must be afforded reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent. According to the latter, right to an adversarial proceedings is respected when parties are given opportunity to have knowledge of and comment on

M. DARMON, *The Role of the Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, w *The Role of courts in society*, (Jerusalem, 1988), A. A. DASHWOOD, *The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities*, (1982) 2 *Legal Studies*, N. FENNELLY, *Reflections of an Irish Advocate General*, (1996) *Irish Journal of European Law*, T. TRIDIMAS, *The role of the Advocate General in the development of Community law: Some reflections*, (1997) 34 *Common Market Law Review* 1349. In Polish legal literature see A. ZACHARZEWSKI, *Adwokaci Generalni - ich rola i miejsce w strukturze Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu*, Pal. 1994 Nr 3-4, T. T. KONCEWICZ, *Urząd Adwokata Generalnego w Trybunale Sprawiedliwości*. (part I) in R. Pr. 2000, Nr 3 and part II in R. Pr. 2000, Nr 4 and conversations with Advocates General - MR P. LÉGER, *Mniej znany bohater integracji europejskiej*, Pal. 2000, No 11-12 and MRS CH. STIX-HACKL, *Adwokaci Generalni mają status jak sędziowie*, GS 2002, No 9.

²⁵⁶ For equality of arms as an integral element of procedural justice see analysis above.

the observations filed or evidence obtained by the other party. This case law will be now analysed in order to trace its relevance for the Advocate General in the Court.

1.1. RELEVANT CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Case of *Borgers v. Belgium*²⁵⁷ dealt with the department of Procureur Général during the criminal proceedings before the Belgian Court of Cassation whose Member - Avocat Général - participated in the Court's proceedings as an adviser to the Court. He made his submissions in open court and then participated in the deliberations. The question was whether it was compatible with right to fair trial and the principle of equality of arms. The Court said it was not. Recommendations made by Avocat Général to the Court made him become opponent of the applicant in the proceedings. Mr Borgers did not have a right to reply to these submissions and his situation was further weakened by the fact of participation of the Avocat Général in the Court's deliberations. In this way he was given "an additional opportunity to promote, without fear of contradiction by the applicant, his submissions to the effect that the appeal should be dismissed"²⁵⁸. Accordingly Mr Borger's right to fair trial was violated.

The second Belgian case *Vermeulen* involved civil proceedings culminating in the Court of Cassation. The question was whether *Borgers dicta* should be extended to civil proceedings? Following the *Borgers dicta* precedent the ECHR agreed with Mr Vermeulen's allegation that his right to fair trial has been violated. What mattered was that Avocat Général was intending to advise and consequently influence the Court of Cassation. The impossibility for the applicant to reply to the submissions made by Avocat Général infringed applicant's right to adversarial

²⁵⁷ App. No 12005/86, (1993) 15 EHRR 92.

²⁵⁸ However we should bear in mind powerful dissenting opinions of judges Martens and Vilhjálmsón.

procedure. This right meant “[...] the opportunity for the parties [...] to have knowledge of and comment on *all* evidence adduced or observations filed, *even by an independent* member of the national legal service, with a view to *influencing* the court’s decision”²⁵⁹ (emphasis added).

Of special relevance for the Advocate General in the Court of Justice is the judgment of the ECHR in French case of *Kress*²⁶⁰. It concerned compatibility with article 6 of the Convention of the office of Commissaire du Gouvernement in the Conseil d’Etat. The importance of this decision stems from the simple fact that the office of the Advocate General in the Court of Justice was modelled on that of Commissaire du Gouvernement²⁶¹.

The ECHR held that unquestionable status of independence and impartiality enjoyed by the Commissaire is not “sufficient to justify that the non-disclosure of his submissions to the parties and the fact that it is impossible for the parties to reply to them are not capable of offending against the principle of a fair trial”. Therefore it was necessary to locate other factors that might guarantee observance of the right to fair trial. French legal system contained three elements, which were of pertinence in this regard. Firstly, the tenor of the submissions of the Commissaire du Gouvernement is communicated to the parties’ lawyers at their request prior to the hearing. Secondly, the parties may reply to his submissions by way of a memorandum for the deliberations (so-called *note en délibéré*). Thirdly, should the Commissaire du Gouvernement raise an

²⁵⁹ Belgian cases were completed by case of *Van Orshoven* App. No 20122/92. I used the text of the judgment available at www.echr.coe.int.

²⁶⁰ Already within the context of French Court of Cassation and the Advocate General, the ECHR held that his role is to advise the Court and influence, through the authority of his office, judges’ decision in a way “that is either favourable or runs counter to the case put forward by the appellants” - case *Reinhardt and Slimane Kaïd v. France*, (app no 45130/98), para 105; judgment available at www.echr.coe.int.

²⁶¹ In particular A. BARAV, *Le commissaire du Gouvernement près le Conseil d’Etat français et l’Avocat Général près la Cour de Justice des Communautés européennes*, (1974) 26 *Revue Internationale de Droit Comparé* 809 and K. BORGSMDIT, *The Advocate General at the European Court of Justice: A comparative study*, (1988) 13 *European Law Review* 107.

issue not relied on by the parties, the presiding judge would adjourn the case and communicate them to parties, so that they could take a stance on it. To this end a new hearing would be scheduled. Bearing in mind these extra features and procedural guarantees ECHR found that the right to a fair hearing was respected²⁶².

By way of recapitulation of this case-law we may say that the crucial point boils down to the “influence factor”. In other words the test applied is whether the “officer in question can influence the court in a particular case. If so, then the case-law relating to the right to adversarial proceedings and equality of arms comes into play”²⁶³. How then does the Advocate General in the Court of Justice fit into this Strasbourg-drawn picture?

1.2. THE COURT OF JUSTICE: MESSAGE FROM STRASBOURG RECEIVED AND UNDERSTOOD?

Already in *Alvarez* case the argument was made that the oral part of the proceedings should be reopened so that the defendant Parliament would have a chance to respond to a plea raised in the opinion of the Advocate General, which in the Parliament’s opinion went beyond the subject matter of the case²⁶⁴. The Court disagreed pointing out that to grant such a request would be tantamount to enabling the parties to discuss the Advocate General’s opinion.

However it was not until 2000 that the Court had to look more seriously at the challenges directed at its Advocate General. The test case was that of *Emesa Sugar*²⁶⁵. Relying on the case-law of the Strasbourg court the applicant argued that there had been a violation of article 6 of the

²⁶² However the violation was found on other ground: attendance of the Advocate at the Court’s deliberations which in view of the Advocate General in the Court of Justice is only of secondary importance for my analysis.

²⁶³ N. BURROWS, R. GREAVES, *The Advocate General and EC Law*, (Oxford University Press, 2007), p. 47.

²⁶⁴ Case 206/81, *Alvarez v. Parliament*, [1982] ECR 3369.

²⁶⁵ Case C - 17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba*, [2000] ECR I – 655.

Convention, since the parties were not given opportunities to respond to the observations of the Advocate General. In the order of 4th February 2000 the Court distinguished the Advocate General from law officers who came under the critical scrutiny of the Strasbourg Court²⁶⁶. It said that Advocates General are members of the Court, equipped with total independence and impartiality. The opinion does not form a part of the proceedings between the parties. Rather it opens the deliberations of the Court. It is not addressed to the Court or to the parties but stems from an authority outside the Court. Rather it is a reasoned opinion from a member of the Court of Justice, other than a judge. The Advocate General takes part publicly and individually in the process by which the Court reaches its judgment. The Court pointed out that parties' right to reply to the opinion of the Advocate General would cause serious difficulties and considerably extend the length of procedure (at the same time noting, however, that special constraint of procedural nature should not justify a violation of fundamental right). According to the Court the possibility to reopen the oral procedure is sufficient to guarantee parties' right to fair trial.

After *Emesa Sugar* several attempts, always with implicit or explicit reference to article 6 of the Convention, were made to sway the Court towards greater procedural receptiveness and considering its procedure from fair trial perspective. All failed and the Court limited itself to repeating now standard "*Emesa formula*", namely that it was in possession of all the necessary facts and information to answer the questions without need to reopen the oral part²⁶⁷.

²⁶⁶ It is to be remembered that after the negative order of the Court of Justice *Emesa* brought an action against Netherlands in Strasbourg. The decision of the Court of Human Rights was awaited with eagerness but unfortunately the Court did not rule on the merits since the case did not concern dispute about civil rights and obligations - App. No 62023/00 (admissibility decision of 13 January 2005).

²⁶⁷ Case C - 309/99, *Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I - 1577, case C - 184/01, *Peter Hirschfeldt v European Parliament*, [2002] ECR I - 10173 and case C - 209/01, *Schilling v. Finanzamt*, [2003] ECR I - 13389, case 181/02P, *Commission v Kvaerner Werft GmbH*, [2004] ECR - 5703.

The line of reasoning in favour of reopening the oral procedure in order to reply to the submissions of the Advocate General was slightly different in *Vick*²⁶⁸. It was argued there that the opinion was not delivered in the prescribed manner since the operative part thereof had been read at the sitting of the Fifth Chamber, not of the Sixth Chamber, to which the case was assigned. The Court saw nothing wrong in this practice (which is widely used in Luxembourg). It said that the manner in which the opinion was delivered involved no infringement of the rules applicable to the Court or any rights enjoyed by the parties in the main proceedings²⁶⁹. The Judges of the Sixth Chamber hearing the case were apprised of the opinion of the Advocate General through the deposit of the opinion with the Registry. This, coupled with the reading of the operative part of the opinion at a public sitting, was sufficient to make the opinion public. So there was no irregularity in the delivery of the opinion.

The point resurfaced recently in *Slob* case²⁷⁰. Mr Slob sought leave from the Court to submit written observations following the opinion of the Advocate General, pointing out that whilst the Rules of Procedure do not provide the parties with the possibility of making such written submissions, they do not expressly rule out such possibility. In the alternative, he requested the Court to reopen the oral procedure. This case is particularly interesting because Mr Slob's argument did not stop with these two conventionally made arguments. He added one more alternative that invited the Court to showing creativeness in the interpretation of its procedure. Namely, he requested the Court to enable him to respond to Advocate General in such a manner as to enable him to guarantee his fundamental right to an adversarial procedure. In response the Court merely recalled the order in *Emesa Sugar*: lack of possibility

²⁶⁸ Case C - 234/96, *Deutsche Telekom Advocate General v. Agnes Vick*, [2000] ECR I - 799.

²⁶⁹ Para 26.

²⁷⁰ Case C - 496/04, *J. Slob v. Productschap Zuivel*, judgement of 14th September 2006 available at www.curia.europa.eu.

of the parties to respond to the opinion of the Advocate General does not prejudice an individual's right to an adversarial procedure.

2. ADVOCATE GENERAL IN THE COURT OF JUSTICE: PROCEDURAL JUSTICE UNDER STRAIN?

The judgment of the ECHR in *Kress* case allows us to formulate three conditions that determine whether judicial proceedings comply with procedural justice. Firstly, the opportunity available to parties and lawyers to discover the tenor of the opinion of the Commissaire du Gouvernement prior to the hearing. Secondly, the possibility of presenting the Court with a *note en délibéré* prior to its deliberations. Thirdly, possibility open to the Court to adjourn the case if Commissaire du Gouvernement introduces a ground not raised by the parties. These three conditions should form the yardstick for our assessment of the Advocate General in the Court of Justice from the perspective of procedural justice.

As far as the first condition is concerned in proceedings before the Court of Justice, there is no possibility to seek the tenor of the submissions of the Advocate General prior to the hearing. Similarly, the parties are barred from submitting memorandum for the deliberations. The Court satisfies itself with only one possibility: that of reopening oral procedure when "it considers that it lacks sufficient information, or that the case must be dealt with on the basis of an argument which has not been debated by the parties". General practice of the Court shows that it is very reluctant to reopen the oral procedure²⁷¹. That is why the Court's insistence on possibility of guaranteeing fairness through this device should be read in the light of sparing use of reopening and discretion it enjoys when deciding

²⁷¹ L. N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, (Sweet and Maxwell, 2000), p. and N. BURROWS, R. GREAVES, *The Advocate General and EC Law*, (Oxford University Press, 2006), p. 52.

the issue²⁷². It is up to the parties to establish facts of decisive importance that came to their attention only after the closure of oral proceedings. Mere differences between the parties and the opinion do not suffice to reopen the oral procedure. In reality anything short of *force majeure*, that is existence of unforeseeable circumstances and independent of the diligent parties²⁷³, will not suffice. When the case is reopened, parties obtain a possibility to address the issues that were the cause of the reopening and the Advocate General delivers his second opinion in the case²⁷⁴.

Therefore on this point two courts do not see eye to eye²⁷⁵. Independence and impartiality of the Advocate General has never been questioned, but as the ECHR's case-law shows²⁷⁶, they are not in themselves enough to ensure that the right to a fair trial, made up of right to an adversarial proceedings and principle of equality of arms, is respected. Justness of proceedings requires procedural safeguards that would enable the parties to submit their point of view and arguments on any issue that might be of relevance for the decision of the Court. Case-law of the ECHR shows growing importance of so-called "doctrine of appearances" which brings to the fore social acceptance of the procedure whereby judges arrive at their decisions. It arises from an increased public sensitivity to fair administration of justice. If the law officer recommends to a court certain solution(s) or participates in the deliberations, he becomes, objectively speaking and if

²⁷² Art. 61 of the Rules of Procedure.

²⁷³ K. LENAERTS, D. ARTS, I. MASELIS, *Procedural Law of the European Union*, (Sweet and Maxwell, 2006), p. 556.

²⁷⁴ For example see case C-304/02, *Commission v. France* with comments by L. CLEMENT-WILZ, *Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général*, (2005) 5–6 Cahiers de droit européen and P. WENNERÅS, *A New Dawn for Commission Enforcement Under articles 226 and 228 EC: General and Persistent (GAP) Infringements, Lump Sums and Penalty Payments*, (2006) 43 Common Market Law Review 31.

²⁷⁵ R. LAWSON, *Current Trends in the Relationship between Strasburg and Luxemburg*, (ERA Trier, 2–3 June, 2005), p 5–6.

²⁷⁶ In *Borgers* it was confirmed explicitly that *Avocat General* acted with full independence and yet the breach of article 6 of the Convention was found.

only to outward appearances, an ally or opponent of one of the parties regardless of the acknowledged objectivity and impartiality of the office²⁷⁷.

Could we apply “the ally or opponent” theory to the Advocate General in the Court of Justice? The case of *Arben Kaba* decided by the Court of Justice points possibly at a positive reply²⁷⁸. *Kaba* was a second reference from the Immigration Adjudicator. Before the domestic court that referred the first case, Mr Kaba argued that the first preliminary ruling was based on the misunderstanding of the facts and of the national law by the Advocate General. He claimed that the Court of Justice might have been influenced by the Advocate General without giving the parties any opportunity to rectify the alleged mistakes by the Advocate General. On the strength of this argument the Adjudicator hearing his case made a second reference to the Court of Justice, asking this time about possible mechanisms available to the parties or the national court to ensure that the totality of the proceedings comply with the obligations under article 6 of the Convention.

Again the Court was unmoved and visibly unwilling to engage in dialogue on this point. It reversed the order of questions asked by the Adjudicator and answered the substantive questions that dealt with the Community law provisions on the rights of the spouses by simply reiterating its ruling in the first *Kaba* case. Then it concluded that given this answer there is no point to reply to the question about the application of article 6 of the Convention to the Advocate General²⁷⁹.

²⁷⁷ It is to be noted that the office of *commissaire du gouvernement* in *Kress* was called into question on the basis of a “doctrine of appearances”.

²⁷⁸ Judgment of the Full Court in case C-466/00, *Arben Kaba v. Secretary of State for the Home Department* and case note by M. Varju, 41 (2004) 41 Common Market Law Review 851.

²⁷⁹ Of interest in this second case is the opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer. Having recalled the *Emesa Sugar* precedent, he drew particular attention to the possibility for the Court to reopen the oral procedure also at the request of the parties. He was of the opinion that the present system of Community administration of justice does not violate the right to a fair trial. Quite to the contrary the opinions help to publicise, and to promote the transparency of the judicial function assigned to the Court of Justice” (para 115 of the opinion).

It seems that the Court erred when said that article 6 of the Convention as interpreted by the European Court of Human Rights and parties' right to an adversarial procedure do not demand the right to respond to the opinion of the Advocate General²⁸⁰. It clearly emerges from the ECHR case law that fairness of the proceedings would militate in favour of such right. Right to adversarial procedure is understood differently by two Courts. Luxembourg defines it by reference to its purpose and sees it as an instrument preventing the Court from being influenced in its decision by an argument which the parties have been unable to discuss²⁸¹, whereas the ECHR defines this right as "the opportunity for the parties to a civil or criminal trial to have knowledge and comment on *all* evidence adduced or observations filed *even by an independent* member of the national legal service"²⁸² (emphasis added). In this way we have a situation, known already from "Hoechst-case law" in which both European courts went their own way as far as interpretation of article 8 of the Convention was concerned²⁸³. It was only recently that the Court of Justice has decided to bring its jurisprudence into line with that of Strasbourg²⁸⁴.

However with regard to right to the understanding of adversarial process we even have signals that this divergence is by no means accidental. In *Gerry Plant* case²⁸⁵ two separate actions were brought. In one case the Court of First Instance ruled the action out of time basing itself on the documents submitted in the other action. It was argued by applicants on appeal that the Court of First Instance breached "an

²⁸⁰ Most recently Case C - 496/04, *Slob*, para 30.

²⁸¹ Case C - 496/04, *Slob*, para 32.

²⁸² *Vermeulen v. Belgium*, App. No 19075/91, (1996) ECHR 1996-I, para 33.

²⁸³ For details see P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text. Cases. Materials*, (Oxford University Press, 2003).

²⁸⁴ For detailed account of the case-law see M. LIENEMEYER, D. WAELBROECK, *Case note on C-94/00, Roquette Frères SA*, (2003) 40 Common Market Law Review 1481.

²⁸⁵ C - 480/99P, *Gerry Plant and others v. Commission* Rec 2002, I-265 (English version also available at www.curia.europe.eu).

elementary principle of natural justice and a rule inherent in the right to procedural fairness” since it did not give the applicant an opportunity either to consider the evidence or reply to it. The Advocate General drew distinction between Anglo-Saxon and continental legal systems. He said that according to the former, adversarial proceedings demonstrate great resistance to anything deemed inquisitorial, which might affect the outcome of the proceedings and which is not instigated by the parties. According to the latter, the scope of right to adversarial proceedings is more limited for two reasons. Firstly, the maxim *iura novit curia* enables questions relating purely to the application of the law to be excluded from the adversarial process. Secondly, the presumed impartiality of judicial bodies extends to measures such as a request for an internal report or the adducing specific evidence, therefore reducing the need for the parties to respond. He criticized (crucially, by referring to *Vermeulen* case) the ECHR for adopting the common-law model and accepting the parties’ rights to comment on all evidence adduced or observations filed, even by an independent member of the national legal service, with a view to influencing the court’s decision²⁸⁶.

His understanding of adversarial proceedings was much more limited. It only comes into play in relation to evidence submitted by one party for scrutiny by a judicial body. Such external evidence can not be presumed to be impartial and independent, thus parties must have a right to be heard, failing which their rights of defence are not observed. His opinion is interesting for three reasons.

First, he clearly favours and accepts departure from the ECHR’s understanding of the right to adversarial process. The parties do not have the right to submit observations on *all* evidence, but only when failure to observe the requirements of an adversarial process results in a breach of a fundamental right. Therefore not every departure from these requirements will automatically lead to a breach of a fundamental right.

²⁸⁶ Paras 34 and 36 of the opinion.

Secondly, there is the aspect of externality. Only evidence that is external to the Court makes the right to an adversarial process come into play. How from this perspective should we perceive an opinion of the Advocate General? Is it a document external to the Court? The case law above shows that the Court treats the opinion as a document emanating from a member of the Court, enjoying total independence and impartiality, thus obviating parties' right to comment on it. Thus, the right to adversarial proceedings so understood is not breached.

Thirdly and finally, should we accept in Community law the *iura novit curia*, it would be very difficult for the parties to request the reopening of the oral procedure and taking advantage of this only available channel of responding to the opinion. Parties would be barred from arguing that the advocate general misunderstood the law since we presume that "the Court knows the law" anyway²⁸⁷.

Today we have a situation in which the Court of Justice is unwilling to consider its procedure from the perspective of fair trial as far as the Advocate General is concerned²⁸⁸. This is not to say of course that the Court is insensitive to procedural rights and guarantees. It simply means that the protection of these rights is deemed sufficient and the presence and function of the Advocate General do not endanger equality of arms and right to an adversarial procedure. However, the evolving case law of the ECHR (from negative *Delcourt* case in 1970 to positive *Kress* in 2000) shows that Luxembourg should pay

²⁸⁷ Commenting on *Kaba* case Varju points out that should we accept in the preliminary ruling proceedings that national law is a fact to be proven, the Community courts should remain open to all consideration of the parties. In such case "an argument that Advocate General misapprehended the national law should serve as a strong basis for reopening the oral procedure". If however if we accept *the iura novit curia* also with regard to national law, the Court could do away with the parties' observations on national law; (2004) 41 Common Market Law Review 851, p. 858–859.

²⁸⁸ See also critical remarks by D. SPIELMANN, *L'indépendance de l'avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes face à l'égalité des armes et au principe du contradictoire*, (2000) Revue trimestrielle des droits de l'homme 585.

greater attention to the doctrine of appearances and increased public sensitivity to fair administration of justice. Strasbourg case-law proves that even acting with the strictest objectivity is not enough to take the office in question out of the reach of article 6 of the Convention. What matters is whether the function of the officer under consideration is to advise and consequently influence the court in favour of a given proposition. If yes, then his function should come within the guarantees of article 6.

Nobody questions that the Advocate General in the Court acts with utmost independence and impartiality. Similarly nobody questions that his main task is to defend the integrity of Community law. Yet equally, nobody would deny that he is one of the most influential members of the Court. The Judges themselves confirm that his opinion is the starting point for their deliberations²⁸⁹. His opinion is delivered in open court and without doubt influences the judges. Even in cases in which they do not agree with his submissions, the opinion resonates during the deliberations and is analysed in depth. Bearing in mind the importance of procedure for the legitimation of courts on the one hand and the parties' perception of how their rights and duties are handled on the other, it is of crucial importance that any doubts as to the fairness of the procedure should be removed. Equality of arms calls for giving the parties voice on every document in the case-file on the basis of which the Court will decide on their rights and obligations²⁹⁰. Mere formal guarantees like impartiality and independence are not enough to conclude that the right to a court is respected. Additional safeguards must be in place in order to make sure that this is indeed the case in reality²⁹¹.

²⁸⁹ A. TIZZANO, *Les conclusions représentent le véritable point de départ du délibéré et un moyen essentiel de compréhension de l'arrêt*, EUROPE 4/2007, p. 13.

²⁹⁰ See case *Marlene Kress* (apl. No 39594/98) available at www.echr.coe.int.

²⁹¹ The Court of Human Rights adopted a global assessment of the office of *commissaire du gouvernement*, going beyond its formal status – paras 44, 48 and 49.

The Court of Justice has always been in favour of interpreting right to a judge extensively, underlining its importance as a Community fundamental right. The same should be the case here when the fairness of its own procedure is questioned and at times when the role of the Advocate General changes towards his selective participation in only the most important cases²⁹². In light of increasing challenges to the fairness of the procedure before the Court of Justice, there should be no doubt that sooner or later the ECHR will get a chance to look closer at the fairness of the Court's procedure. Criteria present in the ECHR case law provide a strong indication that present status of the Advocate General, insulated from the parties' comments, could not withstand the scrutiny in the light of article 6 standards.

The question is then how to pre-empt this danger? Taking a cue from *Kress* judgment of the ECHR, a solution might be found in enabling the parties to submit a memorandum for the deliberations of the Court. It would not require the reopening of the oral procedure as parties would be obliged to submit their observations in writing for example within one week after the delivery of the opinion. We should realize that this is important not only for the overall procedural justice before the Court of Justice. As was argued by the national court in the second *Kaba* case and confirmed by the long-standing case-law of the Court, preliminary ruling proceedings in the Court form an integral part of proceedings before national court(s). Functional perspective sees national courts and the Court as players in one process: ensuring that Community law is the same in all the member states²⁹³. As a result, the national court would be responsible for any infringement of the European Convention during the procedure in the Court! This is indeed a very strong argument and can not be underestimated.

²⁹² For details see T. T. KONCEWICZ, *Wspólnotowy Kodeks Proceduralny/Community Procedural Code*, (CH BECK, 2008).

²⁹³ This is a true *raison d'être* of art. 234 of the Treaty. For example see case 166/73 *Rheinemuhlen (II)*, [1974] ECR 33, para 2.

Finally, procedural justice requires the Court to justify its decision in a convincing and complete fashion. Justice must not only be seen to be done but also be done in an understandable way. It is so-called transparency through reasoning and it is submitted that there remains lots of room for improvement on the part of the Court. In all cases in which parties requested the reopening of the oral procedure, the Court made a short shrift of their arguments in one (at most two) paragraph of the judgment. It is unsatisfactory since some arguments about alleged unfairness and lack of procedural guarantees remain unanswered. “Procedural justice effect” tells us that parties dissatisfied with the outcome are more willing to accept it, if they are convinced that the procedure leading to it was just. This is why the Court should pay more attention to explaining reasons for its action rather than repeating in every case laconic *dicta* from *Emesa Sugar* without any attempt to distinguish the cases under consideration. A complaint by *Emesa Sugar* to ECHR lodged in the wake of the order by the Court remains always a serious warning sign and an indication of how things might turn ugly should the Court continue its procedural unresponsiveness. This in turn might lead to ECHR finding that fair trial elements are missing in Luxembourg. ■

RECAPITULATION

Right to a just procedure? Community fundamental right. Towards dignitary concept of a procedure in Community law

1. PROCEDURAL REVOLUTIONS. OF VOICE, PARTICIPATION AND VALUES

The preceding analysis was process-oriented (the question being: “when is the process meaningful?”) as opposed to result-oriented. It dealt with principles, rights and values that should be taken into account when evaluating the justness of procedures as such. It seems that words which best capture the idea behind procedural justice are *participation* (possibility to influence the outcome) and *voice* (possibility to make one’s view known). However these variables are not enough to ensure the actual procedural justice. Justice requires that in appropriate circumstances an individual should be in a position to *actually* participate, have his voice in the proceedings and be able to enforce his participation/voice. The difference between “*participation/voice*” tandem and “*actual participation/voice*” is crucial since it was rightly observed that “there is always room for symbolic reassurance, and for the cynical manipulation of procedural forms on the part of a decision maker who has no intention of being persuaded

and whose mind is closed. In order to overcome this, some procedural rules aim at making the decision making process meaningful and not merely ritualistic”²⁹⁴.

The above analysis leads me to the following conclusions. Its starting point was normative, as opposed to instrumental, perspective of procedural justice. Both instrumental and normative perspectives prove that people will feel more fairly treated if they have an opportunity to state their opinions and put forward their arguments. However according to the instrumentalist perspective, such opportunity will be subjectively valuable only to the extent that those stating their opinions, putting forward arguments, will be convinced that doing so, they will be influencing outcomes. The instrumental perspective, propounded in the “decision control theory” of Thibaut and Walker²⁹⁵ was based on the premiss of the favorability of the outcomes received. Where people feel that they have control over decisions, they believe that the procedure is fair. Where they feel that do not have control, they believe it is unfair. What matters is the degree to which they are able to exert influence over third-party decisions.

The normative perspective on the other hand shows people who are concerned with their experiences not being linked only to outcomes. These experiences include neutrality, lack of bias, honesty, efforts to be fair, politeness and respect for citizens’ rights²⁹⁶. What people value here is the chance given to an individual to state their case, irrespective of whether this statement will in the end influence the decision made by the third-party. We might say that normative perspective is non-instrumental and as such more ambitious since it asks people to feel fairly

²⁹⁴ *De Smith, Woolf, Jowell’s Principles of Judicial Review*, (Sweet and Maxwell, 1999), p. 246.

²⁹⁵ J. THIBAUT, L. WALKER, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, (Hillsdale N. J. Laurence Erlbaum, 1975).

²⁹⁶ T. R. TYLER, *Why people obey the law*, (Yale University Press, New Haven, London), p. 7.

treated, knowing that what they say might not influence the third-party decision. Therefore it moves people away from outcome-dominated perspective towards value-laden approach.

The procedural characteristics emphasise procedure as a dignitary concept. They are divorced from the outcomes and therefore represent values that might be used to define procedural justice in its own right. Element of values is truly distinctive for this approach which was called value-expressive²⁹⁷. "Value-expressive" underscores the fact that procedural evaluation is not related to the favourable outcome. If process effects are to be felt by the parties and appreciated for the overall assessment of procedure, three elements should be taken into account and maintained throughout the procedure: impartiality, good faith and the consideration of one's views. People going to the court must be constantly assured that they are judged impartially, in good faith and their views are given serious consideration, even though the end-result does not have to be the one desired by a party. This constant adherence to standards of procedural justice will promote the settlement of disputes.

In my understanding of procedural justice, respecting procedural rights and guarantees which making up model of procedural justice, does not always guarantee that the outcome will be fair by substantive standard and correct. This is because outcome stops to be determinative of the procedure itself. Procedure is assessed solely in light of inherent procedural values and the degree to which they are put into effect during judicial proceedings. We will be willing to accept the outcome that in our subjective opinion is wrong, because we were heard and given voice. This acceptance, however, is procedural not substance-driven. In this way procedure self-justifies and rationalizes itself with procedural justice understood as procedures for arriving at the decisions rather than the decisions themselves being a result of a procedure.

²⁹⁷ T. R. TYLER, K. A. RASINSKI, N. SPODICK, *The influence of Voice on Satisfaction with Leaders: Exploring the Meaning of Process Control*, (1985) 48 *Journal of Personality and Social Psychology* 72.

The question might be asked if fair result can ever be attained following the procedure that is not just. It should not be ruled out of hand but we must admit that it is hardly imaginable. The cautious answer to the question might thus be that violation of procedural justice might exceptionally lead to a fair result but it would be a matter of accident, rather than a result of planned design. On the other hand this is more likely than not that adherence to procedural justice should increase the likelihood that the outcome will also be correct and fair for the parties. As opposed to the situation in which procedural guarantees are violated, yet the procedure yields fair result(s), just proceedings will normally lead to correct outcomes, since this correlation is in the nature of things, and not pure accident.

Bearing in mind the above, next questions pop up. Is it right to assume that the winner is satisfied with the result (one which from his perspective would be just) and the loser remains dissatisfied (claiming the result to be unjust)? Shouldn't we, however, take into perspective a longer chain of events and on this basis evaluate the justness of the result? When answering this question, procedural justice should be viewed from two perspectives: objective and subjective. Objective procedural justice is the capacity of a procedure to conform to normative standards of justice, to make either the decisions themselves or the decision-making process more fair by, for example, reducing some clearly unacceptable bias or prejudice²⁹⁸. Subjective procedural justice on the other hand tells us of the reactions and responses of parties to the procedure or, more generally, to its participants. It is my contention that it is where procedural analysis comes into picture.

My analysis aimed at showing that simple distinction between procedure that precedes judicial decision and decision itself is too simplistic and should be approached with caution. So decision and the willingness to adhere to it are analysed through the prism of procedure that leads to the decision. The so-called "procedural effect of procedural justice" says

²⁹⁸ E. A. LIND, T. R. TYLER, *op. cit.*, p. 3.

that peoples' willingness to accept decisions depends not only on the outcome but also on whether the procedure as such is judged to be fair. The more the parties involved in the procedure evaluate the procedure as just, the sooner they will accept the justness of the result itself even in these cases where the result will be disadvantageous to them²⁹⁹. Indeed, severe substantive laws can be endured if they are fairly and impartially applied³⁰⁰. In this way the idea of procedural justice is about considering values of procedures independent of their effect on the correctness and accuracy of the outcomes. In literature there were important attempts to consider this side of the procedural justice³⁰¹. Here we ask the question "what are the values which procedures serve?" The answer is not straightforward but at all times values such as dignity, fairness and participation form the core of procedures ("inherent process values approach")³⁰², even though their impact on accuracy of decisions might be marginal.

However, inherent process values approach, as rightly observed by professor Bayles, might be misleading. It might suggest that process values are independent of the effects of process. Whereas Dworkin's moral and Posner's economic error costs are results of incorrect decisions, the inherent process values are independent of decision outcomes. In Bayles' own words "[...] the causal chain from procedure to economic and moral error costs goes through the decision rendered, [...] the causal

²⁹⁹ Lawyers might learn a great deal from psychological approach to procedural justice of J. THIBAUT and L. WALKER, *Procedural Justice. A psychological analysis*, (Hillsdale N.J. Laurence Erlbaum, 1975), which is considered to be the most important non-legal work dealing with procedural justice and the one which gave a new impetus for procedure-oriented research of justice. Of equal importance is subsequent work by E. A. LIND, T. R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, (New York, Plenum, 1988).

³⁰⁰ Justice Jackson in *Schaughnessy v. United States*, 345 US 206 (1953).

³⁰¹ Most notably R. S. SUMMERS, who might be considered to be the true precursor of "value-based" approach to procedures; see his ground-breaking analysis *Evaluating and Improving Legal Processes – A Plea for "Process Values"*, (1974) 60 Cornell Law Review 1.

³⁰² M. BAYLES, *Principles for Legal Procedure*, (1986) 5 Law and Philosophy 33 p. 51.

chain from procedures to process values or benefits does not go through the decision rendered. *Process values are [...] satisfactions derived from the process itself*³⁰³ (emphasis added). All this leads us in turn to the autonomous concept of procedure and is important since it introduces a new criterion for procedural evaluation: values that are served and promoted through procedures. As a result the outcome (its accuracy, precision, correctness) becomes but one variable of our choice of procedure. That is why we might prefer one procedure to another from the perspective of values, even though they are comparable from the perspective of accuracy. On the basis of Bayles' attempt to bring together the process benefits and principles we might present the following catalogue.

In accordance with the *principle of peacefulness*, procedures provide framework for friendly settlement of disputes. *Voluntariness* says that people should be able voluntarily to have their disputes legally resolved. *The principle of fairness*: legal procedures should be fair and the parties should be treated equally and be given meaningful participation. It means that parties should be able to participate in the legal resolution of disputes. It translates into procedural right to be heard before decision is made. This principle is closely linked to the procedural justice effect (meaningful participation and fairness of procedures enhance parties' readiness to accept the outcome and chances for compliance).

Fairness is not a unitary principle. It is defined by further subprinciples: (i) the dispute settler should be neutral; (ii) parties should enjoy equal opportunity in presenting their case and responding to the other party's claims and assertions. *Intelligibility* means that procedures should be intelligible to the parties. People should be able to understand the process and the reasons for a decision. *Timeliness* requires that procedures can not be prolonged unreasonably. Justice delayed is justice denied. The principle of *repose*. At certain point of procedure, there must be a final decision that can not be reopened.

³⁰³ *Ibidem.*

This list is not and should not be exhaustive. Its main aim is to show that “value jurisprudence” is decisive in our reconstruction of procedural justice in Community law and helps to rationalize our discussion. Procedural values and the degree of their implementation through process might serve as the autonomous criterion for our procedural choice. In this sense new meaning must be given to classical, yet outdated, conceptions of procedural losers and winners. Procedural values approach enables us to avoid such antagonizing terms. Rather we can be all winners, since we derive satisfaction from being treated with dignity, taken seriously, listened. Our arguments are considered by judges who are independent, impartial (necessary minimum), receptive, open-minded, loyal, coherent and reasoning from principles (“good judge”). Just procedure presupposes and is underpinned by the ethos of a judge who is ready to intervene and in order to ensure the respect of procedural requirements that make up the core of procedural justice.

2. WHAT KIND OF PROCEDURAL JUSTICE FOR COMMUNITY LAW?

We accept justice as a criterion for evaluating law. Justice is one of the fundamental principles of legal system. It influences the legislature and judges, constitutes the source of rights and duties and acts as a criterion for the validity of legal norms. Principles are balanced against each other in order to find a satisfactory solution. Some give way to others and depending on the circumstances are given more weight without, however, cancelling out other principles.

Justice is a special kind of fundamental principle since it is not exhausted in a simple Dworkinian exercise of weighing. Every judge must always strive to reach a solution that is just. To underline this special role of justice Barak speaks of additional “residual force” of ju-

stice. He says: “Assuming that in the initial balancing between values (including justice) the scales are even [...] the judge has at his disposal the value of justice as a residual value”. In other words at the end of judicial process and in situation of judicial discretion, it is justice that is the appropriate value with which judge should decide. “When the other values do not lead to a decision, it is appropriate for the judge to turn to his sense of justice [...] justice is not merely another one of the system’s values; it is a residual value, *capable of decisiveness in hard cases*”³⁰⁴.

These considerations are helpful in appreciating the procedural justice for two reasons.

First, procedural justice is a fundamental principle relating to, and determining, the proper way of a social behaviour of a particular kind that is judicial process. It is an overarching principle that serves as the ultimate criterion for structuring the procedure. Although the Court of Justice has not yet had a chance to express itself on this special status of procedural justice, it is submitted that such procedural appreciation should be given more attention once questions of procedural regularity are at stake³⁰⁵. Residual value and elementary character of procedural justice should be decisive in all these cases where the other values do not lead to a decision. In such cases the judge must turn to procedural justice and in this light answer the question raised.

Second, procedural justice is a fundamental principle because it determines not only the conduct of proceedings and behaviour of its participants but also the content (quality) of the procedure conducted. Sometimes it is possible to determine an independent standard for deciding what outcome is just and to devise a procedure for guaranteeing that outcome. More frequently, we will be able to agree on what a just outcome would be but will have no procedure that will guarantee that

³⁰⁴ A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006), p. 67.

³⁰⁵ It is interesting to note that arguments along these lines appear in the parties’ submissions. For example of such (failed) attempt see case C - 480/99, *Gerry Plant and others v. Commission*, para 26 of the Opinion of Advocate General.

outcome or we might have no independent criterion of a just outcome, and yet we will have a fair procedure that, when followed, gives a just outcome. Perfect procedural justice would tell us that we are able to develop both a criterion of a just outcome and a fair procedure for ensuring the outcome. There is an independent criterion for what is a fair division, a criterion defined separately from and prior to the procedure that is to be followed. It is possible to devise a procedure that is sure to give the desired outcome³⁰⁶. Frequently, we have a situation of imperfect procedural justice in which it is not possible to devise a procedure that will ensure the desired outcome³⁰⁷. Here we will have an independent criterion by which a fair outcome is determined, yet there is no procedure capable of guaranteeing this outcome. Finally we can reach no agreement on what would be a just outcome. This is pure procedural justice in which we agree that whatever results from a fair procedure will be fair³⁰⁸.

Could we see such procedural stratification as helpful for Community law? It seems that in Community law, it is not possible to decide conclusively which model should reflect the peculiarities of the Community system of legal protection. Rather we would be moving between models of imperfect and perfect procedural justice that should be treated as aspirational models. In my understanding of procedure, desired/fair/correct results could be attained by judicial proceedings as such presided by a judge that is independent, impartial, rational and coherent. These institutional elements of judicial status coupled with procedural rights and guarantees would serve as the criterion for outcome assessment. That would be a situation of imperfect

³⁰⁶ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, (Harvard University Press, Cambridge, 1971), p. 85.

³⁰⁷ Referring to the example of criminal trial Rawls says that "it seems impossible to design the legal rules so that they always lead to the correct result being the defendant declared guilty if he has committed offence with which he is charged", *op. cit.*, p. 85–86.

³⁰⁸ J. RAWLS, *op. cit.*, p. 85.

procedural justice. However should we agree on the minimum content of our proceedings which would make them just, it could be then argued that procedure would be fair, thus leading to the acceptance of results which by definition are judged desired/fair/correct as emanating from just procedure. In this case we would have a situation of pure procedural justice.

However, what truly matters is that the Court of Justice is casting his shadow on all the major actors of European integration³⁰⁹. This is also true for procedural perspective. Procedural justice with its components makes sure that individuals indeed remain at the centre of attention. Right to just procedure becomes an autonomous human right, which is two-dimensional. From the perspective of an individual it not only revolves about the protection of his rights (this is classic understanding of procedure which serves and compliments the rights), but sometimes also becomes the only mean of “bringing about an outcome compatible with the constitution, and thus realistically to secure constitutional rights in the light of modern problems”³¹⁰. Here the right to procedure is equated with the right to effective legal protection and is addressed to the courts. On the other hand from the perspective of legislature, procedural rights are rights to the enactment of certain procedural norms³¹¹. For individuals both perspectives are important.

Yet the present analysis dealt with procedure as seen by the individual. The Community law served by ready-to-use and effective procedures realizes the most fundamental ideal behind procedural justice: dignity of an individual. That is why today the shift of our research

³⁰⁹ See also J. CORKIN, *A Manifesto for the European Court. Democracy, decentred governance and the process-perfecting judicial shadow*, (Phd thesis, European University Institute, Department of Law, Florence, November, 2006).

³¹⁰ K. HESSE, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, (1978) EuGRZ 434 quoted from R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, (Oxford University Press, 2002), p. 314.

³¹¹ R. ALEXY, *op. cit.*, p. 317.

should be towards underlining the autonomous and dignitary concept of procedure. Process rights become autonomous and independent of substantive rights. They are dignitary rights in that the individual is treated as a subject, not an object.

Just proceedings are not treated in an instrumental way as means to ends³¹². They constitute one of the elements of the legal and democratic process, which treats individuals with concern and respect³¹³. Participation itself is a value worth protecting, independently of the final result and its contribution to the soundness of judicial decisions arrived at. As put by Solum, only just procedures can confer legitimacy on incorrect outcomes³¹⁴. The highest morality almost always is the morality of process³¹⁵. On the basis of procedural guarantees, values and rights one can evaluate the process *as process*, independently of whether in all circumstances the final decision arrived at is correct.

Aware of the proceduralization we might agree with the opinion that in Community law “procedural rights are principles of higher rank which prevail over all other rules”³¹⁶. However to follow slavishly the scheme of procedural rights trumping all other rights would be both simplistic and one-sided. We should not forget that our model judge (nicknamed procedural Hercules) is the judge who balances and weighs principles. This balancing gives him an opportunity to mould the procedure so as to best ensure coexistence of procedural rights

³¹² This observation is of special relevance for Polish lawyers. Recent example from ECHR showed in a dramatic fashion complete lack of appreciation of the procedural side of law by the Polish authorities. This stems from widely-accepted assumption in Polish legal thinking that procedures play secondary role. See case of *Alicja Tysiąc* and interesting annotation by I. C. Krzemiński, *Europejski Przegląd Sądowy* 4/2008.

³¹³ This is espoused forcefully by R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, (1977).

³¹⁴ L. B. SOLUM, *Procedural Justice*, University of San Diego Public Law Research Paper no 4/2002 available at www.ssrn.com.

³¹⁵ A. M. BICKEL, *Watergate and Legal Order*, (1974) 57 *Commentary* 19, p. 25.

³¹⁶ Advocate General J. MISCHO in joined cases C - 6, 9/90, *Francovich and Bonifaci v. Italy*, [1991] ECR 5357, p. 5385–5386.

with other interests worthy of protection. This would in turn lead to procedural creativeness. Certain procedural rights are to be respected even in the absence of specific rules to that effect³¹⁷. It does so autonomously (silence of law) and sometimes almost intuitively (what is procedurally just-fair/unjust-unfair?, are certain procedural guarantees within the scope of procedural justice? and so forth). All this brings me to important finding namely that act of balancing (weighing) and judicial creativity should be seen as inherent elements of procedural justice model³¹⁸.

It is equally important to note that the procedural justice in Community law is not a concept engraved in stone. Quite to the contrary, we deal with a process that is dynamic and evolving. It resembles procedural chain-novel, continued and elaborated by present and future generations of judges. Therefore the today's components of the procedural justice should not be seen as exhausting it.

Rather, respect for the right to a judge, right to be heard, rights of defence, right to contradictorial proceedings, right to proceedings within reasonable time, all form the backbone of the ideal.

Procedural justice is about procedural values/rights that determine the content of legal proceedings³¹⁹. It is composed of rights and guarantees which taken together make up a single and overarching ideal³²⁰ and which are valued for their intrinsic features. In this way my model of

³¹⁷ Case C - 288/96, *Germany v Commission*, [2000] ECR I - 8237 para 99 and case C - 462/98P, *Mediocruso v Commission*, [2000] ECR I - 7183, para 36.

³¹⁸ See also cautious opinion of Advocate General F. JACOBS in joined cases C - 430, 431/93, *Van Schijndel & van Veen v. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, [1995] I - 4705, paras 24-25.

³¹⁹ T. CHAUVIN, *Prawa stają się prawem: demokratyczne procedury w służbie wartości*, in M. WYRZYKOWSKI, (ed.), *Prawa stają się prawem. Status jednostki a tendencje rozwojowe prawa*, (Liber, Warszawa, 2006).

³²⁰ This *dictum* would resonate of the language used in the judgment of the ECHR in *Golder v UK* in which it was said “rights which stem from the *idea*, which taken together, make up a single right not specifically defined in the narrow sense of the term”, (1975) 18 EHRR 524, para 28, (emphasis added).

procedural justice is in the first place a dignitary one (values), as opposed to instrumental (elements of procedural justice as means of assuring correct and accurate result). Dignitary procedural justice expresses the rule of law and is about participation, whereas instrumental procedural justice implements law's rules and uses participation to assure accuracy³²¹.

The idea of procedural justice in Community law finds its expression in rights and guarantees applied at different stages of judicial proceedings and is reflected in the capacity of procedures to conform to normative standards of justice in order to make the decision-making process more just. We should start with access to procedural justice ("right of effective access" seen as an element of a "right to court"). Then, once instituted, proceedings will be shaped in the light of procedural justice. Here we would have organization/composition of the court (established by law, independent and impartial) and conduct of the proceedings (perspective of subjective procedural rights and guarantees). In the end the whole would make up the ideal of procedural justice in the Community based on the rule of law.

I see the idea of procedural justice as a contribution to the change of perspective and a call for more creative use of procedures. Today law and procedures are not only about paragraphs and judges; they are not only "*les bouches qui prononcent les paroles de la loi*" as Montesquieu used to say. They are obliged to dispense justice in a fair, open and impartial way, using methods of interpretation, fact finding and adjudication which together would make up the ideal of procedural justice. This is of special relevance for Polish legal world dominated by "black-or-white" reasoning, marred by automatic approach to law and procedures without reflecting on the object they are supposed to serve and their general *ratio legis*. In this sense procedural justice is much more than mere normative perspective.

³²¹ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, (Mineola, New York, 1988, The Foundation Press, 1988), p. 667.

It involves judges' intuitions and acumen, which, by appealing to their sense of residual justice, enables them to steer clear of unjustness³²².

Even if we agree with puzzling in its simplicity question posed by Kelsen - "what is justice"³²³? and firm replies will not be easy to come by, the law should always aspire to be just. It should be the judges' aspiration to do procedural justice. It is of crucial importance today in the age of procedures and remedies. Community law legitimation is derived from rights-approach. This means that empowered individuals must be able to defend their rights in the best possible circumstances and make conscious decisions about possible judicial strategies and avenues in order to know whether judicial proceedings will in the end make them better off. Procedure is to play prominent place in this assessment; but not every procedure, only the one that guarantees the effective participation and voice, being procedural values in their own right. In this sense procedure in Community law should be seen as a dignitary concept, divorced from attempts of "outcome-analysis". Rather we should accept that procedures are worked out to justify the presumption of a rational outcome (decision) without being able to guarantee that the outcome is always right. At times, this "rational" outcome could be something different from "right" outcome. "Rational" would be an amalgamate of multifarious procedural variables and values like duty to weigh all interests, give them proper consideration, enable parties' participation and listen to them. Process that respects procedural values, is rational and respectful of parties' dignity, will be good as a process.

Procedural shadow cast by the Court of Justice is felt by, and affects, all the actors planning their actions in the sphere of Community

³²² Remembering that we are in better position to recognise what is unjust than to establish just solutions. See O. WEINBERGER, *The Conditio Humana and the Ideal of Justice*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, (D. Reidel Publishing Company, Dordrecht - Boston - Lancaster - Tokyo, 1986), p. 213.

³²³ H. KELSEN, *What is Justice?*, (Berkeley, University of California Press, 1971), p. 24.

law. They should strive to act fairly, a duty that is always subject to the Court's shadow and control.

Today we live in the age of procedures; not simple procedures, but these that are "just". Just procedure sets a binding limit for state authorities. Their lawful intervention is judged not only from the perspective of the result. Procedural antecedents determine our assessment. Procedures start to function as an independent and autonomous source of just rulings. Ruling is just because it satisfies certain *a priori* conditions. In this sense procedure acts as a legitimizing force for law and justifies the obedience towards the law: we are ready to accept the ruling because it emanates from just procedure. In Community law, just procedure must be seen as an integral element of the Community based on the rule of law³²⁴ in which courts respect procedural rights and guarantees³²⁵. Denial of these guarantees would be tantamount to a procedural denial of justice³²⁶.

Procedural justice in Community law is closely connected with the emancipation of an individual. Just procedure and *iura vigilantibus scripta sunt* underlie that Community law is addressed to those who are circumspect and ready to defend their rights. For vigilant individuals awareness of available procedures is as important as awareness of entitlements. The preceding analysis aimed at proving that with regard to the Community it would also be apposite to say that "*it is the procedure that makes much of a difference between rule by law and rule by whim or caprice*" in a legal world marked by individuals who are on the par with omnipotent administration and who, through just procedures, keep this omnipotence and prowess in check. In this way combination of "good

³²⁴ Case 294/83, *Les Verts v. European Parliament*, [1986] ECR 1339.

³²⁵ K. LENAERTS, *De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire*, in G. VANDERSANDEN, A. DE WALSCHE, (ed.), *Melanges en hommage à Jean-Victor Louis*, at p. 252.

³²⁶ For detailed analysis and relevance of the concept see J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), p. 5.

judge, just procedure and vigilant/empowered individual” constitutes the very essence of procedural justice in Community law. One can not deny that procedures will continue to be a source of puzzlement for moral theory³²⁷. However despite this apprehension and uncertainty, my tentative answer, at this stage of research, to the query posed in the title of the present analysis could be: “*no longer a myth, but tangible and fluctuating, albeit not always easy to grasp, everyday reality*”. ■

³²⁷ W. NELSON, *The Very Idea of Pure Procedural Justice*, (1980) 90 Ethics No 4, p. 502.

On the Author

Graduate of law of the Universities of Wrocław and Edinburgh. Doctor of law (*summa cum laude*), advocate, member of Polish Bar, researcher in the Chair of European Law and Comparative Studies at the Faculty of Law and Administration of the University of Gdansk. In 2004 served as *référéndaire* in the Court of First Instance of the European Communities in Luxembourg. Author of numerous articles, commentaries, legal opinions on European law, human rights, jurisdiction, methods of interpretation and procedure before the Court of Justice and the Court of First Instance. Currently he works on the habilitation thesis dealing with the axiology of procedure in Community law (for more detailed informations www.tomasz-koncewicz.eu).